

JOSÉ RIBAMAR RIBEIRO MALHEIROS

**INFANTICÍDIO: ANÁLISE CRÍTICA E SUGESTÕES PARA
MUDANÇA DA NORMA PENAL**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu*, em Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública.

Orientadora: Prof^a Eneida Orbage de Britto Taquary.

**BRASÍLIA
2005**

INFANTICÍDIO: ANÁLISE CRÍTICA E SUGESTÕES PARA MUDANÇA DA NORMA PENAL

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília
(UniCEUB/ICPD) como pré-requisito
para a obtenção de Certificado de
Conclusão de Curso de Pós-graduação
Lato Sensu, na área de Direito Penal,
Processo Penal e Segurança Pública.
Orientadora: Prof^a Eneida Orbage de
Britto Taquary.

Brasília, 10 de dezembro de 2005.

Banca Examinadora

Professor

Professor

Professor

Para minha família, por meus momentos de ausência, os quais tiveram paciência e satisfação em esperar-me.

Agradeço a Deus, à minha esposa, aos meus pais e principalmente aos meus filhos por serem os grandes incentiva-dores desta minha conquista.

RESUMO

O Infanticídio, identificado no Código Penal Brasileiro no Artigo 123, traz a baila a mãe como própria autora e seu descendente infante nascido como vítima, elenca o estado puerperal como principal elementar normativa, tendo também grande importância a temporal, citada como “Durante o parto ou logo após”. O presente trabalho explicita que o “estado puerperal”, elencado na norma não exhibe base consubstanciada que alicerce o critério fisiopsicológico adotado desde 1940, por prescindir de quadro clínico patognomônico que o diagnostique, indique seu início e término, lastreando a prova pericial da autora. Faz referência à elementar temporal, destacando a fragilidade, pois não precisa em que fase(s) do parto o tipo se faz nascer, observando o tom de esquecimento ao tão importante 4º (quarto) período do parto e desmistifica a “rotura da bolsa das águas” como iniciante imediato do trabalho de parto. - Apresenta o Projeto de Lei de Reforma da parte especial do Código Penal, onde são feitos comentários específicos ao Artigo 123, correspondente ao Infanticídio. Exibe casos clínicos/hospitalares, jurídicos e periciais, estatística do “Estado Puerperal” jurídico em hospitais públicos do Distrito Federal e a experiência do autor dentro da gineco-obstetrícia e medicina legal em serviços públicos do Distrito Federal. Oferece sugestões, não no sentido imperativo, para nova redação do infanticídio, ou até mesmo sua retirada do presente código, considerando a pena natural pela perda de um filho, como capital, interpondo-o de pronto como caso de homicídio privilegiado previsto no parágrafo primeiro do artigo 121, do Código Penal Brasileiro.

Palavras-chave: Infanticídio; estado puerperal; parto.

ABSTRACT

The infanticide, identified in the article 123 of the Brazilian Penal Code, gives the idea of the mother as the murderer and her born infant as the victim. The infanticide elects the puerperal state as it's principal element. Time, which is an important element too, is mentioned in "During the birth or right after it". This paper explains that the "Puerperal state", written on the law, does not exhibit an identified base that connects the psychological and physiological canon adopted since 1940. It happens because the puerperal state dispenses an exam that diagnoses itself precisely, identifying it's beginning and ending, ballasting the pericial proof of the murderer. The paper also refers the time element, pointing it's fragility, because the law does not explain in which phase of the childbirth the crime occurs. It also points the forgotten but so important fourth period of the childbirth and explains the truth of "the rupture of the water's bag" as the childbirth's beginning. – The paper mentions a project with the intention to modificate the law in the article 123, in the part that discuss the infanticide. The paper also shows clinical cases and cases judged in the court, giving statistics of justice's puerperal state occurred in public hospitals of Distrito Federal. It also includes the author's own experience as an obstetrician and a legist in public services in Distrito Federal, Brazil. At last but not the least, the paper suggests, but not in an imperative way, a new text of infanticide or even it's removal from the Brazilian Penal Code, considering the loss of a child as capital, interpreting it as a privileged homicide, discussed in the first paragraph of article 121 of the Brazilian Penal Code.

Key-words: Infanticide; puerperal state; childbirth.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O PROBLEMA DO INFANTICÍDIO	12
1.1 O problema	12
1.2 Relevância do tema	14
1.3 A metodologia aplicada	15
1.3.1 <i>Inventário Histórico</i>	<i>15</i>
1.3.2 <i>Conceito Doutrinário</i>	<i>16</i>
1.3.3 <i>Direito Comparado</i>	<i>16</i>
1.3.4 <i>Análises de Laudos Cadavéricos - IML/DF</i>	<i>16</i>
1.3.5 <i>Parecer à Psiquiatria e Psicologia Forense - IML/DF, sobre o “Estado Puerperal”</i>	<i>16</i>
1.3.6 <i>Estudo de Casos</i>	<i>17</i>
1.3.7 <i>O Estudo do Parto</i>	<i>17</i>
1.3.8 <i>O Estudo do Puerpério</i>	<i>17</i>
2 A HISTÓRIA E O CONCEITO DO INFANTICÍDIO	17
2.1 Abordagem histórica	17
2.1.1 <i>Período Greco-Romano (Séc. VII - V a.C.)</i>	<i>17</i>
2.1.2 <i>Período Intermediário</i>	<i>18</i>
2.1.3 <i>Período Moderno</i>	<i>18</i>
2.1.4 <i>Evolução no Brasil</i>	<i>18</i>
2.2 Conceito doutrinário	20
2.2.1 <i>Objetividade Jurídica</i>	<i>20</i>
2.2.2 <i>Sujeito Ativo</i>	<i>20</i>
2.2.3 <i>Sujeito Passivo</i>	<i>21</i>
2.2.4 <i>Elemento Subjetivo do Tipo</i>	<i>21</i>
2.2.5 <i>Classificação Doutrinária</i>	<i>22</i>
2.2.6 <i>Consumação e Tentativa</i>	<i>22</i>
2.2.7 <i>Pena</i>	<i>22</i>
2.2.8 <i>Ação Penal</i>	<i>22</i>
3 A OBSTETRÍCIA E O INFANTICÍDIO	23
3.1 Parto: conceito, tipos e fases	23
3.1.1 <i>Conceito</i>	<i>23</i>
3.1.2 <i>Tipos</i>	<i>23</i>
3.1.3 <i>Fases</i>	<i>24</i>
3.2 Puerpério: conceito e tipos	28
3.3 Aminiorexe prematura	31

4	A PERÍCIA E O INFANTICÍDIO.....	33
4.1	A perícia no infanticídio.....	33
4.1.1	<i>Sujeito Passivo</i>	34
4.1.2	<i>Sujeito Ativo</i>	44
4.1.3	<i>Exame Comum (Sujeito ativo/passivo).....</i>	47
4.1.4	<i>O Estado Puerperal.....</i>	47
5	O INFANTICÍDIO E O DIREITO COMPARADO	56
5.1	Direito comparado	56
5.2	Parte 1: Normas Penais.....	56
5.2.1	<i>Código Penal da Argentina - Art. 81, § 2º</i>	56
5.2.2	<i>Código Penal da Bolívia - Art. 258.....</i>	57
5.2.3	<i>Código Penal do Chile - Art. 394.....</i>	57
5.2.4	<i>Código Penal da Colômbia - Art. 328</i>	57
5.2.5	<i>Código Penal do Equador - Art. 429</i>	57
5.2.6	<i>Código Penal da Espanha - Art. 138.....</i>	57
5.2.7	<i>Código Penal da Guatemala - Art. 303</i>	57
5.2.8	<i>Código Penal de Honduras - Art. 408</i>	58
5.2.9	<i>Código Penal do México - Art. 256</i>	58
5.2.10	<i>Código Penal da Nicarágua - Art. 359.....</i>	58
5.2.11	<i>Código Penal do Paraguai - Art. 105, § 3º, II.....</i>	59
5.2.12	<i>Código Penal do Peru - Art. 110</i>	59
5.2.13	<i>Código Penal de Portugal - Art. 136.....</i>	59
5.2.14	<i>Código Penal da República Dominicana - Art. 300.....</i>	59
5.2.15	<i>Código Penal de El Salvador.....</i>	59
5.2.16	<i>Código Penal do Uruguai - Art. 313.....</i>	59
5.2.17	<i>Código Penal da Venezuela - Art. 129.....</i>	60
5.3	Parte 2: Análise	60
5.3.1	<i>Infanticídio como conduta de homicídio simples.....</i>	60
5.3.2	<i>Infanticídio como tipo privilegiado do homicídio sem mencionar o critério</i>	61
5.3.3	<i>Infanticídio como crime autônomo sem mencionar o critério.....</i>	61
5.3.4	<i>Infanticídio - influência do Estado Puerperal</i>	62
5.3.5	<i>Infanticídio - motivo de honra.....</i>	64
6	A REFORMA DO CÓDIGO PENAL E O INFANTICÍDIO.....	68
6.1	A reforma da parte especial do Código Penal x infanticídio.....	68
6.1.1	<i>Do Relatório</i>	68
6.1.2	<i>Do Anteprojeto de Lei</i>	74
7	ESTUDO DE CASOS.....	79
7.1	Citações iniciais.....	79
7.2	Perícia no sujeito passivo	79
7.2.1	<i>Caso – laudo cadavérico 2868/93 – IML - DF</i>	79
7.2.2	<i>Caso – laudo cadavérico 2281/99 – IML-DF.....</i>	80
7.3	Casos jurídicos	81
7.4	Casos clínicos/hospitalares.....	82

7.5	Estatística de incidência do estado puerperal em dois hospitais públicos do Distrito Federal.....	84
7.6	Experiência do autor	85
8	INFANTICÍDIO: CONCLUSÕES E SUGESTÕES.....	88
8.1	O infanticídio frente ao trabalho de pesquisa	88
8.2	Considerações finais	90
	CONCLUSÃO	93
	SUGESTÕES	95
	BIBLIOGRAFIA	97

INTRODUÇÃO

O infanticídio, desde o início da civilização vem sendo tratado de diversas maneiras, ora de forma severa, ora de forma branda. Na realidade nenhum outro tipo penal, tem mostrado grandes variações, isto é, que diz respeito a punição e a própria configuração.

No Brasil, vem sendo estudado desde a época do descobrimento, passando por diversas reformas, chegando até aos tempos atuais, onde tem a seguinte redação e apenamento: “matar, sob influência do Estado Puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: - Pena - Detenção de dois a seis anos”.

Aparentemente nenhuma anormalidade; todavia, a começar do critério biopsicológico adotado atualmente, emanam as impropriedades técnicas contidas no caput retronominado.

O Estado Puerperal tem sido considerado controvertido e severas críticas direcionadas chegando algumas a falar em “ficção Jurídica” e tem sido usado como sinônimo de puerpério, o que no decorrer do trabalho será demonstrado não haver semelhança, a partir do próprio conceito de cada um. Não tem como ser provado por exame pericial, pois não há firmeza na sintomatologia ou até mesmo por exames complementares.

As assecurativas elementares temporais ditam ser “durante o parto” e “logo após”, também não constituem elementos corporizados fieis, pois deixam alargadas margens dubidativas consecutivas a indefinição do marco indicador da execução do delito, com relação à primeira, o parto não é interpretado em todas as suas fases e com relação à segunda, não

explicita significado real do imediatismo pós-parto, declinando principalmente no tangente ao quarto período do parto.

O presente trabalho se propõe à análise crítica do Art. 123, através de pesquisa e rastreamento dentro da doutrina jurídica, ciência jurídica e ciência médico-pericial, visando ao saneamento do problema.

Com a finalidade de complementação do trabalho de monografia e visando à contribuição para melhoria futura do dispositivo penal, serão apresentadas sugestões.

1 O PROBLEMA DO INFANTICÍDIO

1.1 O problema

O delito nominado Infanticídio encontra-se elencado no Código Penal Brasileiro de 1940, vigente até à atualidade, com o seguinte caput: “Art. 123. Matar, sob influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após - Pena de detenção de 2 (dois) a 6 (seis) anos”.

Na exposição de motivos da parte especial do Código Penal (Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), no capítulo dos “Crimes contra a vida”, no item 40, consta:

O Infanticídio é considerado um “*delictum exceptum*” quando praticado pela parturiente **sob influência do estado puerperal**. Esta cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto-inibição da parturiente. Fora daí, não há porque distinguir entre infanticídio e homicídio. Ainda quando ocorra “*honoris causa*” (considerada pela lei vigente como razão de especial abrandamento da pena), a pena aplicável é a de homicídio.

O problema tem início quando na exposição de motivos fala-se em “influência do estado puerperal”, e diz-se que o puerpério não acarreta sempre perturbação psíquica, e, no caput, faz-se referência a “durante” ou “logo após” o parto. Como definição, puerpério é o período em que as modificações impostas pela gravidez e pelo parto, na mulher, retornam paulatinamente ao estado pré-gravídico. Tem início após o parto, entenda-se (parto) transcorridos todos os períodos concernentes ao mesmo.

Preliminarmente há um contraponto entre o “durante” que significa literalmente no decorrer do parto e o puerpério/estado puerperal, que é a fase posterior ao mesmo, como entender um momento conseqüente, tendo influência no desenrolar de um momento antecedente ou transcorrente? O que diz a exposição de motivos é referente ao puerpério não ser sempre indutor de perturbações psíquicas, daí a interpretação de que as possíveis perturbações psíquicas seriam nesta fase, não tendo nenhuma relação com a fase do parto ou período pré.

Continua-se com o problema quando se descreve o “logo após”, no caput. A interpretação jurídica, isto é, dos autores, é que seria imediatamente após a saída fetal do corpo da mãe, no entanto, não há que se pensar de modo simplista como exposto, o “logo após o parto”, abarca indubitavelmente duas fases, que seriam: secundamento (saída da placenta) e o 4º período (após o secundamento, com duração entre 1 e 2 horas), e ainda extensivamente o puerpério. Qual seria então a duração do “logo após”, até que fase?

Dando continuidade, surge o “estado puerperal” e sua influência para consumação do tipo penal. O estado retro, de acordo com a pauta do art. 123, teria influência no “durante” e “logo após” o parto, todavia não há unanimidade no que diz respeito a sua existência, pois, sob o ponto de vista pericial, não há conclusão específica para tal estado, conseqüentemente geraria insegurança até mesmo sob o ponto de vista jurídico.

Dentro do mesmo componente do caput (estado puerperal), não há consenso sob o ponto de vista médico-pericial ou doutrinário ou ainda jurisprudencial de qual sua duração. Há indagações como: existe o estado puerperal? Quando inicia? Qual a sua duração?

Por derradeiro, elenco a situação do tipo em que haveria a possibilidade do duplo infanticídio, partindo-se do princípio da existência real da gravidez gemelar; como se computariam os elementos do “*caput*”, principalmente no que tange ao “estado puerperal”, se poderia existir um intervalo lúcido entre o nascimento e outro, ou se haveria continuidade do primeiro estado; e os demais componentes seriam comunicantes ou independentes. Enfim, são situações-problema que precisam de elucidações ou devido encaminhamento, para aplicação precisa do “*fumus boni juris*”.

1.2 Relevância do tema

Este trabalho monográfico traz à tona discussão sobre o tipo penal capitulado no Código homólogo (penal), com o nº 123 e denominação de Infanticídio.

Calca-se o artigo retro em circunstâncias que a mãe mata o próprio filho, sob influência do Estado Puerperal, durante o parto ou logo após.

Inicialmente tem-se o desprendimento de regularidade tanto sob o ponto de vista técnico como sob o jurídico, no entanto, a partir do Estado Puerperal, abre-se uma discussão ampla, quando, a partir da década de 40, posterior à publicação do código, houve uma contestação por parte de médicos legistas e juristas sobre sua existência que perdura até o presente século. O primeiro ponto diz respeito à denominação, pois puerpério corresponde à fase pós-parto e não ao durante; por segundo a durabilidade, com tempo não determinado, existindo apenas opiniões divergentes; por terceiro, impossível concretizá-lo por perícia quer psiquiátrica quer pela medicina forense, pela vacância de sinais e sintomas, tanto patognomônicos como gerais; a controvérsia entre a apenação de 2 a 6 anos, que fala a favor de consciência plena para efetivação do ato e os defensores do estado que falam em inconsciência transitória o que caracterizaria indubitavelmente inimputabilidade.

Outro fato marcante é o “durante”, pois em nenhum compêndio, artigo ou outros sobre o assunto (infanticídio) há definição em que fase do parto, ou se em todas, há concretização do crime, levando-se em conta a 1ª fase do parto ou de dilatação em que o feto nascente permanece intra-útero, ocorrendo o óbito, seria o crime de aborto ou infanticídio, já que a morte foi intra-uterina.

Por fim o “logo após”, não há convergência no que tange à definição do período: logo após a saída do recém-nascido? Ligadura do cordão umbilical? Saída da placenta? Até o fim do 4º período?

Não há definição dos pontos principais do tipo penal, o que encaminhou a realização deste trabalho monográfico, donde tiram-se conclusões e sugestões para a sua permanência com profundas modificações ou sua extinção.

1.3 A metodologia aplicada

O presente trabalho monográfico teve como objetivo o conhecimento científico, da real situação do infanticídio, concernente a impropriedades técnicas existentes em seu caput, o que traduz aplicação jurídica inconsistente, não por má conduta in procedendo, mas por desconhecimento dos fatos já referidos (impropriedades técnicas). A metodologia implementada para consubstanciamento do trabalho em tela foi a que se segue:

1.3.1 Inventário Histórico

Justifica pela evolução o correr dos tempos, do tratamento jurídico conseqüente às penas impostas; elementos componentes do tipo, os retirados e os mantidos até à atualidade; os projetos e códigos penais que evoluíram através dos tempos e o

pensamento dos autores; antigos e hodiernos esclarecedores com relação à(s) possível(is) mudança(s) a ser(em) sugerida(s) quanto ao tipo em si e ao código como um todo.

1.3.2 Conceito Doutrinário

Conduta, pensamento e orientações dos diversos doutrinadores sobre o assunto, tirando daí, de certa forma, conceito próprio.

1.3.3 Direito Comparado

Extremamente importante ter-se ciência das condutas jurídicas adotadas nos países do continente ou fora deste, no intuito de abrangência de conhecimento, divergência quanto à conduta ou convergência da mesma. Trazer algum subsídio para estudo usando aplicação no direito penal pátrio.

1.3.4 Análises de Laudos Cadavéricos - IML/DF

Foram analisados 289 laudos, tendo como palavras-chave: natimorto, feto, aborto, feto, morto e recém-nascido. Por conseguinte, visam à elucidação de casos concretos de infanticídio, tendo como um dos pilares a perícia.

1.3.5 Parecer à Psiquiatria e Psicologia Forense - IML/DF, sobre o “Estado Puerperal”

Fundamental importância a opinião dos profissionais que labutam dentro da psicopatologia forense sobre o tema, pois se trata de controvérsia sob o ponto de vista médico-pericial, portanto opinião esclarecedora.

1.3.6 *Estudo de Casos*

Abrange pesquisas hospitalares; casos clínicos; casos jurídicos, experiência do autor. A finalidade foi a identificação de distúrbios psíquicos durante o parto ou logo após, e ainda no puerpério, resultando negativa, assim como a afirmação da segurança da perícia no infante-nascido e insegurança da autora.

1.3.7 *O Estudo do Parto*

Conceito, tipos e fases visando afastar ou não impropriedades técnicas do caput, do artigo 123-CPB, com finalidade da aplicação do “*fumus boni juris*”.

1.3.8 *O Estudo do Puerpério*

Conceito e tipos, com a mesma finalidade do item 3.7.

2 A HISTÓRIA E O CONCEITO DO INFANTICÍDIO

2.1 **Abordagem histórica**

Segundo Maggio¹, a história do infanticídio, de acordo com a penalidade, divide-se em três períodos:

2.1.1 *Período Greco-Romano (Séc. VII - V a.C.)*

Chamado da indiferença em que o pai de família tinha direito de vida e morte sobre os filhos, e o rei, devido à falta de alimentos, mandava ceifar a vida dos recém-

¹ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio**. Edipro, 2001, p. 110-117.

nascidos. Outro dado é que as crianças com má formação também eram executadas, do mesmo modo aquelas que constituíssem desonra para a família;

2.1.2 Período Intermediário

Constitui esta fase como sendo a defesa do recém-nascido. As infanticidas eram punidas com penas de alto grau, chegando à pena de morte.

A ordenação de Carlos V, denominada Carolina, assegurava:

As mulheres que matam secreta, voluntária e perversamente os filhos, que delas receberam vida e membros, são enterradas vivas e empaladas segundo o costume para que se evite o desespero, sejam estas malfeitoras afogadas, quando no lugar do julgamento houver para isso comodidade de água, onde, porém, tais crimes se dão freqüentemente, permitimos, para maior terror dessas mulheres perversas. Que se observe o dito costume de enterrar e empalar, ou que, antes da submersão, a malfeitora seja dilacerada com “tênares ardentes”

2.1.3 Período Moderno

Período dominado pela inclinação a favor da infanticida, com início a partir do século XVIII, onde a tese do privilégio foi prevalecente, frente às penas de grande monta. A pena obituária foi sendo abolida, permanecendo no código napoleônico de 1810 e na lei inglesa. A argumentação dos defensores da brandura deu-se com base na honra, doenças e (ou) deformidade e baixo poder aquisitivo para sobrevivência.

2.1.4 Evolução no Brasil

No Brasil, a origem, segundo Maggio, começa com os silvícolas que impunham às vezes o talião, entre outras; passando pelas ordenações do reino que dispunha inespecificamente: “A mãe que, esquecendo-se de o ser, matar de propósito o seu filho infante, não por malignidade no coração, nem por outra paixão vil e baixa, mas com o fim de

encobrir o seu delito, e de salvar a sua fama e reputação, será para sempre presa e reclusa na casa de correção”; Código Criminal de 1830, que criou duas figuras para o infanticídio: Art. 197-“Matar alguém recém-nascido”: aqui, o infanticídio poderia ser praticado por qualquer pessoa, a pena arbitrada era de 3 a 12 anos de prisão simples e multa correspondente à metade do tempo. Art. 198: “Se a própria mãe matar o filho recém-nascido para ocultar sua desonra”. A motivação do tipo era a honra. A pena era de 1 a 3 anos de prisão com trabalho; o Código Penal republicano de 1890, no Art. 298, dispunha: “Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias do seu nascimento, quer empregando meios diretos e ativos, quer recusando à vítima os cuidados necessários à manutenção da vida e a impedir sua morte”.

As penas variavam. Se parente ou estranho, eram de 6 a 24 anos de prisão reclusa; se praticado pela mãe, 3 a 9 anos de prisão reclusa. O Código Penal de 1940, com vigência atual, teve sua origem, no que diz respeito ao infanticídio, de modo específico, acostada a três anteprojetos:

- Galdino Siqueira. “Se o crime (homicídio) tiver sido cometido contra recém-nascido, isto é, criança no momento de seu nascimento ou logo depois, e pela própria mãe, para ocultar desonra: pena de detenção por dois a oito anos”
- Alcântara Machado. Retorna ao critério psicológico (honra). Todavia, privilegiou ascendentes, descendentes e colaterais da mãe: Art. 312. “Matar infante, durante o parto ou logo após este, para ocultar a desonra própria ou a de ascendente, descendente, irmã ou mulher. Pena: detenção ou reclusão por dois a seis meses”.

A comissão revisora do Código Penal de 1940, composta por Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra, modificou o anteprojeto retrocitado, voltando ao critério psicofisiológico, dando a redação atual: “Art. 123 Matar, sob

influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após - Pena: detenção de dois a seis anos.”

Como ficou observado, a história mostrou a evolução da pena no decorrer dos tempos, fechando até a atualidade, com privilégios para mãe, levando em conta a pena natural imposta, pela perda do próprio filho.

2.2 Conceito doutrinário

Conceitua-se infanticídio como sendo o delito capitulado no Código Penal Brasileiro, em que a mãe aniquila a vida do próprio filho, durante ou logo após o parto, influenciada pelo estado puerperal.

2.2.1 *Objetividade Jurídica*

Sem sombra de dúvidas, a objetividade jurídica é a preservação da vida humana, particularizando para o ser nascente e o nascido recente.

O interesse em indispor do bem supremo não cabe apenas ao indivíduo, mas também ao Estado, através da incursão legal.

A tutela do ponto de vista estatal deve manter-se absoluta desde a concepção até sua extinção, não tendo direito de ceifá-la.

2.2.2 *Sujeito Ativo*

O sujeito ativo do crime de infanticídio é a própria mãe, como dispõe o caput do Art. 123-CPB. Preservam-se até hoje correntes contrapostas no que diz respeito à co-autoria, relativa à comunicabilidade da elementar, no caso puerperal. Para alguns haveria

comunicabilidade, portanto pena do mesmo porte; para outros, incomunicabilidade, o co-autor responderia por homicídio. A discussão sobre incomunicabilidade não é matéria pacífica, por outro lado, não é o tema central do trabalho em tela. Deste modo, improspera sua continuidade.

2.2.3 *Sujeito Passivo*

Trata-se do ser nascente, em outras palavras, aquele que está transpondo o canal do parto e consecutivamente a fureula vulvar, juridicamente corresponde ao durante ou o nascido recente, cuja denominação é auto-explicativa, corresponde juridicamente ao “logo após”.

Cumprir citar as más formações congênicas fetais incompatíveis com a vida, mas que com esta estavam no momento do parto ou logo após. Daí emanam discussões sobre impropriedade do objeto, contrapondo-se à consumação do delito ou infanticídio, constituindo mais um ponto, sem conduta passiva, dentro do tipo.

2.2.4 *Elemento Subjetivo do Tipo*

O dolo corresponde à concretização da vontade de ceifar a vida do próprio filho, durante ou logo após o parto, ou de assumir o risco do ato (ceifar) dentro do estado de consciência plena.

Não é admitida a modalidade culposa, pois não há previsibilidade dentro da descrição do Art. 123 - CPB. Levanta-se aqui mais um contraponto, pois se torna situação dubitativa, quando presente o Estado Puerperal, a mulher consuma culposamente o ato. Surgem duas correntes:

I - Deve responder por homicídio culposo;

II - Não responderá por infanticídio, nem tampouco por homicídio.

2.2.5 Classificação Doutrinária

Dentro das diversas classificações elencadas, com conceito bem definido à luz do direito penal, tem-se o infanticídio como: crime próprio; de dano; material; instantâneo; comissivo ou omissivo próprio; principal; simples; de forma livre e plurissubsistente.

2.2.6 Consumação e Tentativa

A consumação dá-se com a morte do nascente ou recém-nascido pela própria mãe.

Pela materialidade do delito, admite-se tentativa, dentro do próprio conceito jurídico, abalizado pelo não êxito do evento morte, por circunstâncias alheias à vontade do agente, dentre estas, a interrupção por terceiro.

2.2.7 Pena

O delito de infanticídio é apenado com detenção de 2 a 6 anos. Não há previsibilidade de infanticídio culposo.

2.2.8 Ação Penal

A ação penal é pública incondicionada, podendo admitir-se a privada subsidiária da pública, por inércia incontestável do Ministério Público.

3 A OBSTETRÍCIA E O INFANTICÍDIO

3.1 Parto: conceito, tipos e fases

O parto faz parte do caput do Art. 123-CPB, como elemento temporal central, pois o ladeando encontram-se dispositivos da morfologia vernacular, ou seja, o “durante” e o “logo após”.

Para os objetivos do trabalho, necessária se faz uma explanação técnico-científica do desfecho final. Da gravidez, fase por que passa a mulher na sua suficiência procriatória traduzida no parto e conseqüentemente no produto definitivo, o concepto.

3.1.1 *Concepto*

Conceitua-se parto como um mecanismo fisiológico que ocorre ao final do 9º mês gestacional, em que o produto da concepção (feto) percorre um trajeto, impulsionado por um motor (contração uterina) com finalidade de exteriorizá-lo, para a vida extra-uterina.

Rezende ² afirma: é o parto o estágio resolutivo do ciclo grávido-puerperal. No consenso dos tratadistas seria o parto a expulsão do feto vital, para o mundo exterior, através das vias genitais.

3.1.2 *Tipos*

a) Normal, também chamado natural, é aquele em que a via utilizada para o nascimento é a transvaginal, por excelência. Existem dois

² REZENDE, Jorge. **Obstetrícia**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogav, 2005, p. 297.

subtipos: Eutócito - em que o trajeto não sofre nenhuma solução de continuidade para a efetivação do nascimento; Paradistócico - em que há necessidade de solução de continuidade, representada pela episiotomia (secção cirúrgica com bisturi ou tesoura no completo vulvo-vaginal), com a finalidade de facilitação da expulsão fetal. É o tipo que mais interessa ao estudo do infanticídio, pela particularidade do sujeito ativo;

b) Cesariana - parto cirúrgico ou via alta, em que todo mecanismo do parto se desenvolveu, todavia houve um obstáculo ao nascimento, impedindo a normalidade;

c) Parto a Fórcepe - parto cirúrgico, via vaginal, com uso de instrumento tipo fórcepe, quando há dificuldade de saída do pólo condutor, por mecanismos adversos à normalidade. Acrescentar que não é rotina o parto em tela, no entanto há indicações precisas, dentre estas: a parada de progressão da mãe e o sofrimento agudo do feto.

3.1.3 Fases

As fases do parto são em número de quatro, ressalte-se a silolilia com período, como preferem alguns autores.

3.1.3.1 Dilatação (1º Período)

Inicia-se esta fase com as contrações uterinas dolorosas, modificando de modo ativo o colo uterino, terminando com sua ampliação até 10 cm, isto é completa. O colo uterino dilata-se graças ao efeito das fibras longitudinais do corpo uterino e outros fatores como bolsa das águas e apresentação fetal.

É de bom alvitre citar que nas pacientes grávidas pela primeira vez (primíparas), no início desta fase (dilatação) o colo uterino já está apagado e dilatado em

turno de 2 (dois) cm, enquanto que naquelas que já têm mais de um filho (múltiparas), o colo uterino dilata-se em sincronismo com o início da fase.

O orifício externo do colo uterino amplia-se paulatinamente de modo a criar um espaço onde irá coletar o líquido amniótico tumefazendo as membranas ovulares, e a bolsa das águas. A ruptura da bolsa retrocitada pode ser feita espontaneamente ou por ação externa do médico assistente. Esta fase termina quando há dilatação completa do colo uterino, isto é atingido 10 cm.

3.1.3.2 Fase de Expulsão (2º Período)

Também denominada período expulsivo do parto, inicia quando a dilatação do colo está completa e se encerra com a saída do feto.

Caracteriza-se por esforços expulsivos da mãe em sensação de plenitude retal com desejo de evacuar decorrente da pressão da apresentação fetal consecutiva à associação das contrações uterinas, da força contrátil do diafragma e da parede abdominal cujas formações musculares e apondeóticas formam uma cintura muscular com poder de comprimir o útero de cima para baixo e de frente para trás. É a fase em que há mudanças no comportamento da mãe, tornando-se vulnerável e, de certo ponto, dependente de assistência. Há, também, aumento dos riscos fetais, dentre estes a diminuição do oxigênio circulante.

As contrações uterinas são mais intensas e frequentes com intervalos menores, atingindo, em média, 5 contrações a cada 10 minutos. Decorrente desse somatório, a apresentação fetal desce pelo canal do parto, passando a pressionar o períneo, a vulva se entreabre, dilatando-se de forma lenta e deixando-se penetrar pela apresentação. Há, então, o desprendimento do feto, o qual fica ligado à mãe apenas pelo cordão umbilical. Está findo

então o 2º período, completando-se com a eliminação do líquido amniótico restante em conjunto com pequena quantidade de sangue.

O útero, então, retrai-se, ficando no seu fundo ao nível do umbigo.

3.1.3.3 Secundamento (3º Período)

Também denominado de livramento ou descedura, caracterizando-se como o estágio desse processo pós-nascimento fetal abarcando 3 fases: o deslocamento, descida e expulsão da placenta para fora da genitália.

O deslocamento é decorrente da retração da musculatura uterina após o parto, a placenta se descola do seu sítio de implantação, deixando em seu lugar o hematoma retroplacentado que não é complicação e sim, consequência desta fase. As membranas deslocam-se pelas contrações do útero pela queda e descida da placenta.

Descida - nesta fase, as contrações uterinas não desaparecem e, associadas à possível ação da gravidade, oferecem condições à migração da placenta. Esta, por sua vez, desloca-se do corpo uterino, percorre a cérvix e cai na vagina.

Expulsão - durante este período há esforços abdominais iguais aos do 2º período do parto que determinam a expulsão da placenta para o exterior. Completa-se, então, o 3º período do parto.

3.1.3.4 4º Período

Considera-se a 1ª hora após a saída da placenta como 4º período. Saliente-se a importância da compreensão do mecanismo da retração uterina, que se caracteriza pelo risco

materno de apresentar grandes hemorragias, principalmente por falta de contratilidade do útero, possui 4 fases, neste sentido, pronuncia-se Rezende³:

Greenberg considera a primeira hora após a saída da placenta como o quarto período, ressaltando a importância de ser bem compreendido o mecanismo da retração uterina e da formação normal de coágulos na superfície interna da matriz. Que ficou aberta a sangrante após a expulsão da placenta.

Para Greenber, a primeira hora após a expulsão da placenta é o período perigoso, pois geralmente não é seguido pelo obstetra, ou pela enfermagem alheios aos riscos a que a paciente pode estar sujeita. Os acidentes ocorrem porque há tendência a confiar demasiadamente na ação de algumas manobras para fazer contrair o útero, nos derivados do centeio espigado ou na ocitocina.

3.1.3.4.1 Miotamponagem

Caracteriza-se pela contração imediata do útero após a saída da placenta, constituindo-se na 1ª defesa contra a hemorragia.

3.1.3.4.2 Trombotramponagem

É a fase em que se formam grandes trombos nos vasos uteroplacentários, levando à constituição de hematoma intra-uterino, de modo a proporcionar a contração da musculatura uterina e a pressão do trombo que determinam a homeostase local.

3.1.3.4.3 Indiferença Miouterina

³ REZENDE, Jorge. **Obstetrícia**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005, p. 297.

O útero torna-se, do ponto de vista dinâmico, indiferente, apresentando fases de contração e relaxamento. Situações como maior paridade, trabalho de parto prolongado, gravidez gemelar proporcionam maior possibilidade de hemorragia nesta fase.

3.1.3.4.4 *Contração Uterina Fixa*

Caracteriza-se pelo maior tono adquirido pelo útero, normalmente decorrida no intervalo de tempo de 1 hora, quando se mantém ininterruptamente.

Por derradeiro, é de bom alvitre citar que os doutrinadores jurídicos, os autores de medicina legal e, até mesmo, as jurisprudências referem-se ao parto como tendo 3 fases, onde teria o término no secundamento, o que não condiz com a realidade científica, trazendo, pois, para dentro da discussão sobre o delito de infanticídio, afirmações sem base consubstanciada.

3.2 Puerpério: conceito e tipos

Conceitua-se puerpério como sendo o período que tem início ao final do parto, encerrando-se quando as modificações emanadas da gravidez desaparecem do organismo materno. Há uma divergência entre os autores quanto a sua durabilidade, pois alguns estimam em 45 dias, outros em 60, outros não definem tempo, apenas norteiam o seu término com a volta da menstruação. O puerpério divide-se em imediato (do 1º ao 10º dia), tardio (do 10º ao 45º dia) e remoto (a partir do 45º dia).

A puérpera pode apresentar ligeiro aumento de temperatura axilar nas primeiras 24 horas, sem necessariamente ter-se instalado quadro infeccioso ou similar. O sistema cardiovascular experimenta nas primeiras horas do puerpério um aumento do volume circulante, traduzido, eventualmente, por um sopro cardíaco durante a sístole. O útero atinge a

cicatriz umbilical após o parto, regredindo, a partir daí, 1 cm em média ao dia. Elimina através do colo uterino em vagina um conteúdo denominado **Lóquios**, que são sanguíneos até o 5º dia, e, a partir do 5º, torna-se serosanguíneo. Por volta do 10º dia, seroso, posteriormente amarelado e, por fim, esbranquiçado, o odor é característico, e, quando fétido, poderá significar quadro infeccioso. A recuperação da camada mais interna do útero, denominada **endométrio**, inicia-se, em média, a partir do 25º dia pós-parto. O colo uterino e vagina apresentam-se edemaciados e com gestos. Enfim, toda a genitália interna e externa e os órgãos de um modo geral sofrem alterações com a gravidez, voltando à normalidade com tempo variado, como foi citado no início desta descrição.

O puerpério acarreta alterações do humor e da labilidade emocional, constituindo-se em período bastante vulnerável devido às mudanças intra e interpessoais desencadeadas pelo parto. Podem advir quadros de profunda apatia ou sintomas que denotem psicose puerperal. Tais quadros deverão ser evidenciados precocemente, pois poderão trazer consequências dantescas ao puérpero. Nos primeiros dias de pós-parto, as emoções são intensas, a debilidade mistura-se à fase de excitação pelo nascimento do filho.

As mulheres que tiveram morte fetal merecem atenção especial, pois a perda poderá provocar um luto que necessita, muitas vezes, de ajuda e tempo para superação. Às vezes é difícil a delimitação entre a normalidade da ansiedade, da depressão pós-parto e da depressão reativa. A permanência de sintomas depressivos, após algumas semanas do nascimento, merece cuidado redobrado, pois este mesmo quadro (depressão) tem a tendência a maior intensidade quando há cisão de grande monta da expectativa da mãe em relação ao filho e ao tipo de vida que irá levar doravante com a presença do mesmo.

Nas mulheres que conceberam recém-nascidos malformados, deve-se procurar compreender seus sentimentos dentro desta situação nova e superveniente. Os acompanhantes têm um papel importantíssimo para a melhor recuperação da puérpera na situação em tela. Deve ser estimulada a amamentação nesta fase, pois traz vantagens como: facilita o estabelecimento do vínculo afetivo mãe-filho; previne as complicações hemorrágicas no período puerperal favorecendo a regressão uterina ao seu tamanho normal; contribui para o retorno mais rápido ao peso pré-gravídico; é o método natural de planejamento familiar, quando a criança está em aleitamento exclusivo, isto se faz com sucesso durante um período de 6 meses; pode reduzir o risco de câncer de ovário e mama e prevenir a osteoporose; é o alimento completo para o lactente menor de 6 meses, tanto no aspecto nutricional como digestivo; melhor resposta às vacinações e capacidades de combater doenças mais rapidamente; não custa nada, não contém micróbios, já vem pronto na temperatura certa. Enfim, supre todas as necessidades condizentes ao recém-nascido, além de, como já foi dito, estreitar o laço materno-infantil.

Cherney⁴ discorre sobre o puerpério, na tradução, teremos o que segue:

O puerpério ou período pós-parto geralmente leva de 6 a 12 semanas e é o período de ajustamento depois do nascimento, quando as mudanças anatômicas e psicológicas da gravidez são reservadas e o corpo retorna para o estado normal (não gravidez). O período pós-parto foi arbitrariamente dividido em: puerpério imediato - as primeiras 24 horas depois do parto, quando as agudas complicações pós-anestésicas e pós-parto podem ocorrer; o puerpério recente, que se prolonga até à 1ª semana pós-parto; e o puerpério remoto, que é o período de tempo requerido para involução dos órgãos genitais e o retorno da menstruação, geralmente 6 semanas em mulheres que

⁴ CHERNEY, Alan H. de. *Obstetric & Gynecologic Diagnosis & Treatment*. Nineth edition. Lauren Nathan International, 2003, p. 234.

“The puerperium or postpartum period, generally lasts 6-12 weeks and is the period of adjustment after delivery when the anatomic and physiologic changes of pregnancy are reserved and the body returns to the normal non pregnant stage. The postpartum period has been arbitrarily divided into the immediate puerperium-the first 24 hours after parturition, when acute post anesthetic or post delivery complications may occur; the early puerperim which extends until the first week postpartum and the remote puerperium, which includes the period of the time required for involution of the genital organs and return of menses, usually by 6 weeks in non lactating women, and psychological function, which may require months.”

não amamentam/não produzem leite, e função psicológica, que pode requerer meses.

Por tudo exposto, conclui-se que o puerpério é uma fase que acontece no período pós-parto e não durante o mesmo. Os autores de obstetrícia/medicina-legal e doutrinadores, com algumas exceções dentre os últimos, elencam-no com a afirmativa inicial (período pós-parto). Dentre as alterações de ordem psíquica ou biopsíquica, não está O ESTADO PUERPERAL citado no Caput do Art. 123-CPB, o que traz à baila em mais uma oportunidade a divergência da existência ou não de tal transtorno.

3.3 Aminiorexe prematura

Alguns autores na esfera da medicina legal e doutrinadores jurídicos têm citado em seus compêndios que o trabalho de parto tem início com a ruptura da bolsa das águas, por isso é mandatória a descrição desta intercorreção do ciclo gravídico puerperal.

Conceitua-se aminiorexe prematura como a ruptura da bolsa amniótica que se dá antes de instalado o trabalho de parto. Constitui causa importante de parto pré-termo, como também a mortalidade materna agrava-se pelo risco de processo infeccioso.

O diagnóstico é basicamente clínico. A história clínica informa perda líquida, enquanto o exame físico está dentro do padrão da normalidade, e o exame obstétrico releva dentre outros dados útero com tônus normal. A visualização da saída de líquido amniótico pelo orifício externo do colo é indicador absoluto para o diagnóstico. Outro método auxiliar importante é a ultra-sonografia, dando capital importância na avaliação da idade gestacional, na quantidade do líquido amniótico.

Pelo exposto, não há que se falar da aminiorexe prematura como iniciadora do trabalho de parto, como querem alguns autores, pois se trata de intercorrência prévia. O

desenrolar posterior pode cursar com o início espontâneo do trabalho de parto, ou então, como há risco de infecção, a conduta médica é induzir o parto quando houver condições, em caso negativo, parto por resolução cirúrgica, isto é, cesariana.

Não há que se confundir aminiorexe espontânea durante o trabalho de parto, é o que ocorre em 80% dos casos com aminiorexe prematura, que, como já foi explanado, trata-se de fato prévio. Merece menção a amniótica, que é ruptura da bolsa das águas efetivada durante o trabalho de parto, com a finalidade de abreviar o tempo de parto ou por outra confirmar a presença de mecônio, que traduz sofrimento fetal.

Pelo exposto, exclui-se aminiorexe prematura como iniciante de trabalho de parto e, consecutivamente, como fator temporal no crime de infanticídio, pois, nas condições apresentadas, o crime será de aborto (morte fetal intra-uterina na ausência de trabalho de parto).

4 A PERÍCIA E O INFANTICÍDIO

4.1 A perícia no infanticídio

Pelos componentes presentes no *Caput* do Art. 123, no que diz respeito aos sujeitos ativo e passivo, conclui-se exame pericial pertinente aos mesmos, com particularidades. No que tange à mãe (sujeito ativo), devem ser determinados sinais de parto recente ou tardio, dependendo do tempo decorrido entre o evento e o exame, impõe-se ainda o exame psicopatológico, visando ao diagnóstico do “Estado Puerperal” ou patologia de ordem psiquiátrica, da qual a periciada seja eventualmente portadora, à época do fato.

Quanto ao sujeito passivo (feto nascente/infante nascido) é impositiva a necropsia, com particularidade de rastreamento de vida extra-uterina, através das diversas docimásias, do tipo respiratória, não respiratória e ocasionais. É de bom alvitre a determinação do tempo de sobrevivência fetal, vislumbrando através de sinais existentes no soma, por determinado período de tempo. Ainda com relação ao passivo, é determinante o estabelecer se a morte foi intra-uterina e a estimativa do tempo de ocorrência.

Embora de importância menor, todavia há necessidade, às vezes, da realização das provas de morte, para demonstração de sua realidade. Comum aos dois sujeitos é a determinação do DNA, quando existe dúvida da maternidade biológica, levada por indícios de incerteza, corporizados pelos fatos circunstanciais do evento.

4.1.1 *Sujeito Passivo*

Representado pelo feto nascente ou infante nascido, cujas provas periciais que demonstram vida extra-uterina são representadas pelas docimásias (são provas que servem para constatação de vida extra-uterina), que se subdividem em respiratórias, não respiratórias e ocasionais. Outras provas relacionam-se com a realidade do próprio óbito, chamadas provas da morte; outras com o tempo de sobrevivência fetal, extra-uterina.

4.1.1.1 Provas de vida extra-uterina

4.1.1.1.1 *Docimásias respiratórias*⁵

- Métrica de Daniel – os diâmetros transversos e antero-posterior do tórax aumentam com os primeiros movimentos respiratórios;
- Diafragmática de Plauquet e Cásper – a cúpula diafragmática desce na direção abdominal quando os pulmões se distendem com o ar;
- Retração pulmonar de Icard – os pulmões, distendidos pelo ar, retraem-se quando se exerce pressão positiva na cavidade pleural virtual. Isto pode ser demonstrado com o feto mergulhado n'água e a abertura de um espaço intercostal com trocarte ou mesmo bisturi, quando bolhas de ar se desprendem pelos orifícios nasais e oral. Ou então com a retirada do bloco coração e pulmões, como na 1ª fase da docimásia de Galeno, tendo pinçado, antes, a traquéia, depois com o bloco mergulhado em água solta-se a pinça – os pulmões se retraem e bolhas de ar sobem à superfície do líquido;
- Cromática – de achocolatados, os pulmões passam para o vermelho-claro ou róseo, depois da respiração;

⁵ ALCÂNTARA, Helmo Rodrigues. **Perícia médico-judicial**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982, p. 203-206.

- Óptica de Boucht ou de Cásper – de uma superfície lisa uniforme, parecida com o fígado, passa para um aspecto de mosaico, devido ao aparecimento da pequena circulação circunscrevendo os lóbulos pulmonares;
- Tátil de Nério Roja – o parênquima pulmonar dá, à palpação interdigital, a sensação de fofura e crepitação;
- Peso específico pulmonar – de 1.040 a 1.092, antes da respiração, chega a 0.70 ou 0.80 depois;
- Hidrostática de Galeno – Rayger – Schreger – constata a alteração do peso específico pulmonar. A prova de Galeno é feita em quatro tempos: a) na primeira fase, mergulha-se o bloco (pulmões, coração, timo, laringe, língua) num grande vaso com água limpa – havendo flutuação fala a favor de respiração; b) na segunda fase, separam-se, ainda dentro d'água, os pulmões; c) na terceira fase, continuando dentro da água, separam-se os lobos pulmonares; d) na quarta fase, espremem-se pequenos fragmentos pulmonares contra a parede do vaso; quando bolhas de ar com sangue sobem à superfície d'água e os fragmentos depois de soltos também vêm à superfície, a prova é positiva.

A putrefação, a insuflação (respiração artificial), a congelação, a atelectasia, a hepatização (sífilis congênita), as asfixias (oclusão de vias ou orifícios aéreos), a permanência dos pulmões n'água por muito tempo, todas traduzem resultados falsos, mas outros achados comemorativos e necroscópicos tiram as dúvidas;

- Hidrostática de Icard – a) por aspiração: colocando-se fragmentos pulmonares em uma garrafa transparente cheia de água fria, até o gargalo, e depois aspirando-se, através da rolha de borracha, o ar que fica na parte superior do gargalo, com uma boa seringa, os fragmentos se distendem e sobem até ao gargalo no caso de ter havido qualquer respiração; b) por

imersão em água quente: os fragmentos pulmonares são colocados na mesma garrafa, agora com água quente. Decorridos alguns instantes, haverá flutuação se houve respiração;

- Óptica de Icard – esmaga-se um pequeníssimo fragmento pulmonar entre duas lâminas de vidro. A docimásia é positiva (houve respiração) quando o fragmento se distende como uma película transparente, rósea e com inúmeras bolhas de ar;

- Química de Icard – Gabbi – um fragmento pulmonar retirado do meio do lobo é lavado, sem exposição ao ar, com álcool puro e depois com um fio metálico mergulhado em uma solução de potassa cáustica a 30% dentro de um tubo de ensaio de vidro, graduado e arrolhado.

A docimásia é positiva quando, no lugar do parênquima destruído pela potassa, fica um cacho de vesículas róseas com o desprendimento de bolhas de ar. O nível do líquido não sofre alteração e o tempo da operação é superior a 6 horas. Não tendo havido respiração, o fragmento pulmonar fica gelatinoso e sem vesículas;

- Epimicroscópica pneumo-arquitetônica de H. Veiga de Carvalho – feita através da pleura ou diretamente pela superfície de corte do parênquima, com objetiva de imersão do ultraopak. É positiva quando, num fundo negro, observam-se figuras arredondadas, brilhantes, de tamanho uniforme, refletindo os alvéolos cheios de ar. É negativa quando o campo é totalmente escuro;

- Liberação e sucessivo aprisionamento do ar alveolar de Içar – monta-se uma pipeta de vidro com uma pêra de borracha (tipo conta-gotas) numa extremidade, uma agulha grossa na outra e uma torneira próximo da agulha. Enche-se a pipeta com água até a altura dos seus dois terços, mantém-se a pêra espremida e fecha-se a torneira. Introduz-se a agulha, através do espaço intercostal, no parênquima pulmonar, destruindo-o com a

ponta, abre-se a torneira, e bolhas de ar subirão até o espaço acima do nível d'água descolando a pêra. É então positiva a docimásia;

- Radiográfica de bordas – a opacidade é menor na expiração;
- Doquimográfica de Vasilu e Meller – a sombra pulmonar se confunde com a cardíaca e a aórtica e não se nota o limite diafragmático na radiografia torácico-abdominal;
- Histológica de Filippi – empregando a congelação ou a fixação e coloração, observam-se a falta de dilatação dos alvéolos, células endoteliais cilíndricas ou cúbicas;
- Gastrintestinal de Breslau – o tubo digestivo do feto que não respirou está vazio de ar. Liga-se na altura cardíaca e na altura da ampola ileocecal, mergulha-se tudo num vaso com água como na prova do Galeno;
- Ótica ou auricular de Vreden – a trompa de Eustáquio e o ouvido médio, do feto que não respirou, são cavidades virtuais, sem ar. A incisão da membrana timpânica com toda a cabeça mergulhada n'água dá origem à produção de bolhas, se houve respiração.

4.1.1.1.2 Docimásias não respiratórias⁶

- Siállica de Dinitz-Souza – o feto que não teve vida extra-uterina não deglutiu e o estômago não contém saliva. Esta prova é contestada por Magaggi e Palmiere;
- Alimentar de Bothy – não existe leite e outros alimentos no estômago do natimorto;

⁶ ALCÂNTARA, Helmo Rodrigues. **Perícia médico-judicial**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982, p. 203-206.

- Bacteriana de Malvoz – a putrefação do natimorto começa pelos orifícios nasais, oral e anal. No feto que teve vida extra-uterina tem início pelo todo digestivo (*Bacterium coli*) e pelos pulmões.

- Úrica de Budin Ziegler – no natimorto não são encontrados sedimentos de ácido úrico em forma de estrias de cor amarela na zona medular;

4.1.1.1.3 *Docimásias ocasionais*⁷

São de grande valia para confirmação de vida extra-uterina pela própria denominação, nem sempre estão presentes, todavia firmam-se como fundamentais.

- Presença de corpos estranhos nas vias aéreas;
- Presença de lesões traumáticas intra-vitam;
- Sinais de sobrevivência como: descamação, aréola do cordão e achatamento do cordão umbilical.

4.1.1.2 Provas da morte

São aquelas representativas da realidade da morte. Dividem-se em: circulatórias, respiratórias, dinamoscópicas e químicas.

São circulatórias as seguintes provas:

- Bouchut – verificação, pela ausculta, da parada cardíaca;
- Fundoscopia ocular: notando o esvaziamento da artéria central da retina, descoramento da papila óptica e da coróide;

⁷ ALCÂNTARA, Helmo Rodrigues. **Perícia médico-judicial**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982, p. 203-206.

- Acidopirástica de Middleldorf – imobilidade da agulha implantada, através da parede torácica, no miocárdio;
- De Magnus – o estrangulamento da extremidade digital não altera a sua cor;
- De Lavasseur e Boudimir – ausência de sangue na região epigástrica depois de escarificada e sob ventosa;
- De Halluin – ausência de hiperemia da conjuntiva depois da institulação do éter;
- De Terson – idem usando dionina;
- De Ott – formação de bolha de gás na pele com a aproximação de uma chama; havendo vida forma flictena serosa ou sero-sanguinolenta;
- De Veiga de Carvalho – arteriografia segmentar (com persistência da opacidade por mais de 20 minutos);
- Da Fluoresceína de Icard – injeção de ftaleína da resorcina na veia. Havendo vida a íris fica esverdeada;
- Do eletrocardiograma.

São respiratórias as seguintes provas:

- Ausência do murmúrio pulmonar;
- Ausência de onda na superfície d'água de um vaso colocado sobre o peito;
- Sinal de Icard – coloca-se sobre os orifícios nasais um pedaço de papel com traços de acetato neutro de chumbo (10 mg em 20 ml d'água); o sal

é revelado, pela cor negra, ao reagir como hidrogênio sulfurado produzido pela putrefação;

- Sinal de Wislow – empregando um espelho, uma vela, ou uma felpa de algodão.

São dinamoscópicas as provas:

- De Collonges – o dedo do morto levado ao ouvido do examinador não produz qualquer som. O do vivo revela uma vibração;
- De Rebouillat – o éter injetado subcutaneamente numa posição de declive volta pelo orifício deixado pela agulha. No vivo é retido e absorvido.

São químicas (autólise) as provas:

- De Laborde – uma agulha de aço, bem polida, sai limpa depois de permanecer por meia hora no tecido. Havendo vida sai manchada;
- De Brissemoret e Ambard – com o papel de tornassol verifica-se a acidez do parênquima hepático retirado com um trocarte;
- De Lecha-Marzo – o papel de tornassol acusa acidez quando colocado entre o globo ocular e a pálpebra;
- De De-Dominicis – o papel de tornassol colocado sobre a pele escarificada revela acidez;
- De Silvio Rabelo – um fio de seda, corado pelo azul de bromotimol, passa para o amarelo, indicando acidez, quando permanece por alguns instantes dentro do tecido.

4.1.1.3 Tempo de sobrevivência fetal

São sinais evidenciados no corpo do infante nascido, que mensuram de modo estimativo o tempo de sobrevivência extra-uterino.

- Presença de sangue materno sobre a superfície corporal do feto: pele avermelhada coberta de verniz caseoso; tumor do parto acentuado; cordão umbilical branco-azulado (perdendo o brilho e a umidade à medida que o tempo passa); estômago com ar; saliva e muco; pulmões com áreas distendidas e áreas atelectasiadas=minutos ou poucas horas após o parto;
- Tumor do parto em fase de absorção; verniz caseoso ressecado se não foi removido; cordão umbilical achatado e formando orla de eliminação; evacuação de mecônio; mielinização do nervo óptico=muitas horas até o fim do primeiro dia;
- Tumor do parto mais reduzido; início da descamação epidérmica; cordão umbilical já bastante dissecado e orla de eliminação quase completa; maior quantidade de mecônio eliminado=segundo dia;
- Tumor do parto quase desaparecido; maior descamação epidérmica; cordão umbilical coriáceo, mumificado; já não existe mais mecônio=terceiro dia;
- Tumor do parto desaparecido; cai o cordão umbilical; intensa descamação epidérmica; o nervo ótico está inteiramente mielinizado (Mirto)=quarto ou quinto dia;
- Descamação epidérmica menos intensa; cicatrização da ferida umbilical; tem início a obliteração intra-abdominal dos vasos umbilicais=sexto dia;
- Prossegue a descamação epidérmica e a obliteração intra-abdominal dos vasos umbilicais; fecha-se o buraco de Botal=mais de oito dias.

4.1.1.4 Determinação do tempo da morte fetal intra-útero

Ocasionalmente o feto perece dentro do útero, importante será o diagnóstico diferencial, com o mesmo evento (morte), fora do órgão. O sinal mais fidedigno do óbito intra-uterino é a maceração, cujo aspecto estima o tempo do ocorrido.

- Grau 0 (zero) – a pele tem aspecto bolhoso=menos de 8 (oito) horas;
- Grau 1 (um) – a epiderme começa a se descolar=entre 8 e 24 horas;
- Grau 2 (dois) – a pele apresenta extensas áreas de descolamento epidérmico e nas cavidades serosas aparecem efusões avermelhadas=mais de 24 horas;
- Grau 3 (três) – o fígado toma a coloração amarelo-amarronzada e as efusões das cavidades serosas tornam-se turvas=mais de 48 horas.

4.1.1.5 A necropsia no infanticídio

É obrigatória, como nos casos de suicídio, acidente, morte suspeita e homicídio. Há particularidades, principalmente no que diz respeito à determinação de vida extra-uterina, através das docimásias, sendo as principais a de galeno, a histológica (Filippi) e as ocasionais.

Como toda necropsia, é mandatório a abertura das 3 (três) cavidades, ou seja: crânio, tórax e abdômen. Antes da abertura das cavidades, procede-se o exame externo, onde evidencia-se, quando presentes, docimásias ocasionais.

A particularidade na cavidade torácica é o exame do complexo: traquéia, coração e pulmões visando à efetivação da docimásia de Galeno, em suas 4 (quatro) fases, já

referidas anteriormente. Não pode ser comprovada quando há concomitância com putrefação, devido ao aparecimento de resultado falso positivo.

A histológica de Filippi pode ser realizada até na putrefação, onde o órgão submetido ao exame é o pulmão, sendo o caso positivo haverá sinais de respiração extra-uterina.

Não há quesitos específicos, pelo menos no IML-DF, relativo ao infanticídio. São comuns a todas as necropsias, no entanto, nada impede que o perito discuta da probabilidade do tipo, pelos sinais evidenciados na necropsia. Impõe-se verificação do tempo de sobrevivência fetal (sinais já referidos) assim como o diagnóstico diferencial com a morte intra-uterina, pelo fenômeno conservador da maceração.

Por derradeiro, a necropsia do infante nascido ou feto nascente é elemento fundamental, que associado aos demais, consubstancia o diagnóstico técnico-pericial e jurídico do infanticídio.⁸

4.1.1.6 Causa Jurídica da Morte

A morte natural afasta o infanticídio. As causas acidentais podem ocorrer, antes do parto principalmente por traumas, diretos sobre o abdômen. Durante o parto podem sobrevir decorrentes de asfixia por descolamento prematuro da placenta ou circular de cordão umbilical no pescoço. As do tipo criminal advêm de diversas modalidades, como: energia mecânica; contusão; ação de instrumentos perfurocortantes; curto-contundentes; politraumatismo; energia físico-química –esganadoma; estrangulamento; sufocação.

⁸ Cf. Anexo I, p. 82.

Ressalte-se são as modalidades mais comuns, todavia outras mais raras não estão descartadas, como via de instrumentos perfuro-contundes (disparo de arma de fogo).

4.1.2 Sujeito Ativo

Trata-se da mãe, perpetradora do tipo contra o próprio filho.

A perícia envolve pesquisa de sinais de parto recente ou antigo, assim como avaliação do estado psíquico da autora.

4.1.2.1 Sinais de parto recente e antigo

Dependendo do tempo decorrido entre o evento e o exame, torna-se necessário rastrear sinais de parto recente ou antigo. Há de se elencar o parto como componente fundamental do Caput do Art. 123-CPB, portanto indubitável a avaliação da perícia visando à concretização.

Sinais de parto recente são:

- Cloasma gravídico – máscara enegrecida, em formato de “asa de borboleta”, na face;
- Fundo uterino, digo útero involuído ao nível da cicatriz umbilical, ou algo a poucos centímetros desta região;
- Vulva arroxeada e tumefeita;
- Ruptura recente do períneo;
- Conteúdo vaginal ou lóquios, sanguinolentos até o 2º dia, e serosanguíneos até o 8º dia;

- Lacerações vaginais recentes;
- Lacerações do colo uterino, recentes;
- Colo uterino amolecido podendo deixar sair restos de membrana;
- Involução uterina – 1º dia: acima da cicatriz umbilical; 2º dia: cicatriz umbilical; 5º/6º dia: abaixo da cicatriz umbilical; 9º dia: acima do púbis; 12º dia: na síntese púbica;
- Mamas tumefeitas, deixando fluir colostro ou leite materno;
- Auxílio laboratorial, com realização de: citologia cérvico vaginal (diagnóstico do lóquio ou células remanescentes da gravidez); biopsia de endométrio-alterações próprias da gravidez.

Sinais de parto antigo são:

- Estrias gravídicas;
- Mamas lactantes;
- Flacidez abdominal;
- Carúnculas mitriiformes, representativas de resquícios himenais;
- Orifício externo do colo uterino com disposição transversal.

4.1.2.2 Estado psíquico da autora

Em princípio, o parto por si só não leva a mulher a transtornos graves na área psíquica. As formas autênticas de patologia mental são caracterizadas por manifestações anteriores agravadas pela gravidez e pelo parto, como a psicose puerperal.

É necessário um exame profundo do estado psíquico da autora, pesquisando seu grau de entendimento durante ou logo após o parto, estabelecendo assim, se a puérpera tinha condições de, por impulsos violentos, ceifar a vida do próprio filho.

Segundo França⁹, o exame pericial do estado mental da autora deve averiguar:

- Se o parto transcorreu de forma angustiante ou dolorosa;
- Se a parturiente, após ter realizado o crime, tratou ou não de esconder o cadáver do filho;
- Se ela lembra ou não do ocorrido ou se simula;
- Se a mulher tem antecedentes psicopáticos ou se suas conseqüências surgiram no decorrer do parto;
- Se há vestígio de outra perturbação mental cuja eclosão, durante o parto, foi capaz de levá-la a praticar o crime.

A exposição dos cinco itens, do autor já referido, chama atenção principalmente em dois aspectos:

- Em nenhum item refere-se à investigação do “Estado Puerperal”;
- Valoriza o passado progresso, no sentido de patologias psiquiátricas já existentes.

⁹ FRANÇA, Genival. **Medicina legal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1995, p. 191.

4.1.3 Exame Comum (Sujeito ativo/passivo)

Quando existem indícios dubitativos quanto à maternidade biológica, impõem-se a realização do exame de DNA, visando afastar ou não a provável tutela maternal. Tratando-se de evento recente, o material admitido para exame é o sangue. Quando evento mais antigo é o sangue da mãe, com material biológico fetal retirado do local de menor contaminação bacteriológica ou outra, a escolha é geralmente a mandíbula ou osso longo. A proporção de acerto é em torno de 99,99999999.

Por derradeiro, não há independência entre as duas frentes de provas investigativas e, embora jurisprudência do passado recente tenha tornado dispensável perícia médica para comprovação do Estado Puerperal¹⁰, no momento, é defeso não efetivá-las visando afastar ou atestar indubitabilidade.

4.1.4 O Estado Puerperal

Componente do Caput do Art. 123-CPB, considerado sob o ponto de vista jurídico como elementar e, até o momento presente, considerado como norteador da imputabilidade traz consigo inúmeros conceitos, sob o ponto de vista jurídico e médico-legal, todavia sem uniformidade, existindo até autores que negam sua existência, e assim, desde 1940 com edição do código penal vigente, estende-se a polêmica sobre a veracidade existencial do estado em tela.

Diante do retroexposto, há de se iniciar o estudo do componente, pelos diversos conceitos e outros considerados sobre o assunto.

¹⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Tacrim-SP, **Revista dos Tribunais**, v. 598, p. 338, RT 655/1212.

Alcântara¹¹ - “É uma obnubilação mental seguinte ao desprendimento fetal que só se manifesta na parturiente que não recebe assistência, conforto ou solidariedade, sendo desencadeado”:

- Pela dor, no momento da expulsão, mais intensa na primária;
- Pela hipotensão arterial, devido a posições inadequadas e bruscas hemorragias;
- Pelo alívio hipnotizante, que se segue a tanta tensão e esforço, produzindo, às vezes, sonos despertados por pesadelos.

Continua o autor:

Embora encontrando explicações etiopatogênicas, e um quadro mais jurídico do que médico para explicar um “*delictum tro exeptum*”. O código penal, de 1969, a vigor, aboliu o estado puerperal como elemento do infanticídio, inclusive por ser praticamente impossível de ser constatado através de exame pericial.

Croce¹²:

Modernamente, o entendimento da medicina legal pátria admite por influência do Estado Puerperal o que, via de regra, pode ocorrer com gestantes aparentemente normais, física e mentalmente, que, estressadas pelos desajustamentos sociais, dificuldades da vida conjugal e econômica, recusa neurótica da maternidade, indesejada gravidez na viúva e na casada com homem estéril, ou ainda estado aviltante inerente à mãe solteira, o normal sangramento, enfim, uma série de fatores situacionais constituídos pelas perturbações psicológicas da adaptação à natalidade, determinam enfraquecimento da vontade, obnubilação da consciência, podendo os sofrimentos físicos e morais acarretados pelo *délivrance* levá-las a ocisar o próprio filho, durante ou logo após a mesma. Basta a mulher ser parturiente, ou já puérpera, nesse diapasão...

Outrossim, tem sido esse também o entendimento dos doutos julgadores e aplicadores da lei, os quais, arrimando-se no magistério de Almeida Júnior, admitem a influência do Estado Puerperal como o efeito normal e

¹¹ ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues. **Perícia médico-judicial**. Rio de Janeiro: Guanabara koogan, 1982, p. 116.

¹² CROCE, Delton. **Manual de medicina legal**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 465.

corriqueiro de qualquer parto, afirmando que, dada a sua grande frequência, deve ser aceita sem maior dificuldade. E não raramente, não consideram indispensável a perícia médica para comprovar o Estado Puerperal.

Segundo Damásio¹³:

O código fala em influência do Estado Puerperal. Este é o conjunto das perturbações psicológicas e físicas sofridas pela mulher em face do fenômeno do parto. Não é (necessário) suficiente que a mulher realize a conduta durante o período do Estado Puerperal. É necessário que haja uma relação de causalidade entre a morte do nascente ou neonato e o Estado Puerperal.

Heber Soares¹⁴ diz que “é um estado especial, onde as alterações psicofisiológicas são de curta duração, em minha opinião, com duração máxima de seis horas, provocando uma obnubilação da consciência seguinte ao desprendimento fetal, alterando a capacidade de entendimento e de autodeterminação”.

Em outro trecho cita: “Por ser figura psicobstétrica, ainda mal conhecida mesmo entre os médicos, há uma tendência em se considerar senão figuras sinônimas, pelo menos muito próximas do Estado Puerperal, a psicose gravídica e psicose puerperal”.

Segundo Hélio Gomes¹⁵, no que diz respeito ao exame da puérpera, assegura:

O perito terá de julgar da influência que o Estado Puerperal possa ter desempenhado na produção do delito, o que será muito difícil, pois o exame se realizará, quase sempre, bastante tempo depois do crime, quando nenhum elemento semiótico existirá mais. Sendo, em geral, o infanticídio consumado clandestinamente, a própria prova testemunhal faltará como elemento subsidiário no esclarecimento do médico-legista. Tal seja a demora na realização da perícia, pode suceder que a criminosa já esteja em perfeito estado de saúde ou novamente grávida. Afirmar-se, portanto, como exige a lei, que o crime se deu sob influência do Estado Puerperal, será prática extremamente difícil.

¹³ DE JESUS, Damásio. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2002, V. 2, p. 107.

¹⁴ VARGAS, Heber Soares. **Manual de psiquiatria forense**. Freitas Bastos, 1990, p. 372-373.

¹⁵ GOMES, Hélio. **Medicina legal**. Freitas Bastos, 1985, p. 380-381.

De acordo com Pátaro¹⁶

Enquanto a influência do Estado Puerperal estamos convencidos de que o puerpério em si, isoladamente, não é capaz de determinar nenhuma perturbação psíquica e muito menos um transtorno mental elevado à idoneidade de fazer de uma mãe a assassina do próprio filho. E se a mãe mata, porque louca, ou semilouca, a solução jurídica é a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade, mas, nunca, a criação de uma nova espécie delituosa, punitiva de um mesmo ato. Demais, que doença é essa que não acontece senão às parturientes que se encontram grávidas, ilicitamente? Teria acaso, a natureza esse estranho capricho de selecionar suas vítimas, buscando-as somente em uma só classe?

Ribeiro¹⁷ discorre sobre o assunto,

Quanto à influência do estado puerperal, a conclusão é outra. Na verdade, trata-se de um critério duvidoso, para não se dizer fantasioso, pois o estado puerperal existe corriqueiramente, em todas as mulheres prestes a dar à luz.

Ocorre, diariamente, em todas as maternidades do país e do mundo. Não se entende porque inexistem, então, infanticídios em massa, só acontecendo, “por acaso”, naqueles casos de gravidez indesejada; tanto isto é verdade, que não foi encontrado um só acórdão de infanticídio perpetuado por mulher feliz no casamento, união estável, ou mesmo em seu companheirismo. Por isto, o tipo se consuma à espreita e bem longe dos olhares de testemunhas, como em quintais, moitas, perto de rios, até em banheiros, na calada da noite.

Com o intuito da continuidade da pesquisa sobre estado puerperal, encaminhamos ao Instituto Médico Legal do Distrito Federal, precisamente ao Setor de Psicopatologia Forense, para emissão de parecer, o que se segue:

“Parecer técnico-científico pelo Setor de Psicopatologia Forense IMLLR, mais precisamente por um psiquiatra forense e psicólogo forense sobre “Estado Puerperal” componente do Caput (Art. 123), no que tange: existência real de tal estado; nexos imperativo com a consumação do delito em tela (Infanticídio)”.

¹⁶ PÁTARO, Oswaldo. **Medicina legal e prática forense**. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 293. Pareceres à psicopatologia forense-IML-DF, em 5 de fevereiro de 2002.

¹⁷ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**. Pílares, 2004, p. 167-168.

4.1.4.1 Parecer Psiquiátrico

Assina o parecer o Dr. Elias Abdara Filho¹⁸.

Em resposta à solicitação do Dr. José Ribamar Ribeiro Malheiros (em anexo), emitimos o seguinte parecer:

1.1) O Estado Puerperal se refere não a uma única condição psiquiátrica que ocorre na mulher durante o período de puerpério, mas basicamente a três níveis de alteração do estado psíquico:

- “Maternity blues”: trata-se de uma alteração psíquica transitória, de curta duração (em torno de poucos dias), caracterizada essencialmente por alterações leves de humor, com choro e irritabilidade, que pode ocorrer em até 50 % das mulheres. Esse estado não afeta a capacidade de entendimento ou determinação da mulher.
- Recidiva de doença psiquiátrica ou primeiro surto de uma doença mental: trata-se de um quadro psiquiátrico preexistente ou da eclosão de um transtorno psiquiátrico num momento de maior vulnerabilidade da mulher. Um exemplo seria a reagudização de uma doença esquizofrênica preexistente. A alteração da capacidade de entendimento ou de determinação trará o ato cometido para o artigo 26 do código penal.
- Psicose puerperal: trata-se de uma condição rara, ocorrendo entre 1 a 2 nascimentos por mil. As manifestações clínicas podem surgir alguns dias após o parto, apesar de o tempo médio de início ser de duas a três semanas. As pacientes queixam-se de fadiga, inquietação, podendo apresentar uma instabilidade emocional. Surgem posteriores desconfiças, confusão e incoerência, com preocupações obsessivas sobre a saúde do bebê. Na metade dos casos, surgem delírios e, em um quarto deles as alucinações podem se fazer presentes.

1.2) O nexo causal com a consumação do delito, no sentido de diminuir ou anular a sua imputabilidade, não está necessariamente presente no estado puerperal, mas, sim, nos casos em que se observa um comprometimento da capacidade de entendimento e/ou determinação da mulher. Nesses casos, o artigo 26 prevalecerá sobre o artigo 123, ambos do código penal.

2) Os peritos psiquiatras não têm uma relação dos diagnósticos encontrados nos milhares de laudos já realizados, nem tampouco uma relação dos crimes cometidos pelos periciandos ou periciandas. No entanto, o setor de psicopatologia forense está de portas abertas para o solicitante, que poderá consultar todos os nossos laudos, para o fim em tela.

4.1.4.2 Parecer psicológico

¹⁸ Psiquiatra Forense do IMLLR-DF.

Assina o parecer a Dr.^a Rita Elizabeth da Mota Britto Rocha¹⁹.

Em resposta ao pedido formulado pelo Dr. José Ribamar Ribeiro Malheiros, protocolado com o nº 1792 e remetido ao Setor de Psicopatologia Forense do Instituto Médico Legal-DF, formulamos o parecer abaixo, que se refere ao “Estado Puerperal”.

Puerpério é a fase que vai até quarenta e cinco dias após o parto. Estudos sobre o assunto indicam que existem três estágios que caracterizam as variações de humor pós-parto.

A primeira condição “*post partum blues*” atinge de 30 a 85% das mulheres. A referência ao gênero musical é pertinente, pois trata-se de um lamento, uma tristeza, uma sensibilidade, mas os sintomas são fugazes e desaparecem por volta de uma semana após o parto.

A segunda, chamada de depressão pós-parto, atinge entre 10 a 15% das mães. Os quadros mais intensos surgem a partir do nascimento do bebê e podem perdurar até três meses.

A terceira, mais complexa e o último estágio (psicose puerperal), deixa a mulher tão fora de si que culmina na necessidade de afastar o bebê da mãe. Ela ocorre em cada um ou dois partos em mil. O humor da puérpera é extremamente flutuante, passando da euforia à irritação profunda e depressão. Ocorre uma rejeição explícita à criança associada à dificuldade de manter intimidade com ele, passando a considerar o fato de ser mãe como uma escravidão. Essa desorientação do humor tem fundo principalmente endocrinológico, causada pela grande mudança hormonal que a mulher sofre após o nascimento do filho. Devemos considerar ainda a ocorrência de fatores predisponentes na mãe que manifesta este tipo de patologia, e que geralmente mostra sinais de depressão, angústia, ou transtorno bipolar do humor em sua curva vital.

Vale ressaltar ainda que, do ponto de vista psicossocial, situações de stress, seja no âmbito pessoal, familiar ou social, também podem configurar fatores desencadeantes do referido quadro. Com o parto, ocorrem situações conscientes ou não na puérpera, no seu ambiente familiar e social que remontam as profundas ansiedades. Dentro dessa perspectiva, salientam-se alguns fatores que envolvem a puérpera no campo do inconsciente, a saber: reviver a angústia do trauma do próprio nascimento; a secção do cordão umbilical separando o corpo da criança do corpo materno deixando uma cicatriz, o umbigo, que marca o significado profundo dessa separação. Assim, inconscientemente, o parto é percebido como uma grande perda para a mãe, muito mais do que o nascimento de um filho. Durante a gestação, ele foi sentido como parte integrante de si mesma e, bruscamente, torna-se um ser diferenciado dela, que deve ser compartilhado com os demais, apesar do ciúme que desperta. Desta forma a mulher vivencia um estado de confusão, como se tivesse perdido partes importantes de si mesma, sendo este, portanto o significado mais doído do parto e que se não for bem elaborado, pode

¹⁹ Psicóloga Forense do IMLLR-DF.

trazer uma depressão muito mais intensa à puérpera, um sentimento ambivalente entre vida e morte, percebidos como ganho ou perda, e, nos casos em que prevalecer o sentimento de perda ou morte, ocorre o quadro depressivo.

É difícil estabelecer um limite entre a depressão pós-parto normal da patológica (psicose puerperal). A característica principal desta é a rejeição ao bebê, na qual a mãe sente-se confusa e ameaçada por ele, como se fosse um inimigo em potencial. Surgem então sintomas de apatia, abandono de hábitos de higiene e cuidados pessoais, pode ocorrer insônia, inapetência e aparecem idéias persecutórias ligadas ao bebê.

Em síntese, quaisquer desses estados evidenciados remetem a puérpera à ocorrência de idéias depressivas e persecutórias, ao retraimento e ao abandono, ou à hiperatividade, todavia considera-se como alarmante a intensidade desses sintomas que, nos casos mais graves, ou seja, quando diagnosticado como psicose puerperal, leva ao comprometimento das capacidades de entendimento e de autodeterminação. Desta forma, a causalidade entre o Estado Puerperal e a consumação do delito encontra-se diretamente proporcional à gravidade da sintomatologia e ao grau de comprometimento da puérpera, como preconiza o artigo 26 do CPB.

França²⁰ diz que:

O Estado Puerperal, expressão ambígua e situação contestada pelos médicos, tem merecido, através de todo esse tempo, severas críticas, sendo, inclusive, considerado por alguns como uma simples ficção jurídica no sentido de justificar a benignidade do tratamento penal, quando a causa principal seria a pressão social exercida sobre a mulher cuja gravidez fere sua honra. Porém, o que acontece no infanticídio é fato completamente diverso. Sempre é uma gravidez ilegítima, mantida com sobressaltos e cuidadosa reserva, a fim de manter uma dignidade ante a família, os parentes e a sociedade. Pensa a mulher dia e noite em como se livrar do fruto de suas relações clandestinas. São parturientes sem precedentes psicopáticos e que, como maneira de solucionarem seu problema, praticam o crime devidamente premeditado em todas as suas linhas, tendo o cuidado, entre outras coisas, de esconder o filho morto, dissimular o parto e assumir uma atitude incapaz de provocar suspeitas. Tudo com frieza de cálculo, ausência de emoção e, às vezes, requintes de crueldade.

Nada mais fantasioso que o chamado Estado Puerperal, pois nem sequer tem um limite de duração definido. Diz a lei que é durante ou logo após o parto, sendo esse “logo após” sem delimitação precisa. Parece ser imediatamente, pois, se a mulher, tem um filho e dá-lhe tratamento, arrepende-se e mata-o, constitui uma forma de homicídio. Como se o Estado Puerperal fosse um estágio frustrado, frugal e ultratransitório. Esse conceito pode favorecer até mesmo aquelas mulheres sem honra sexual a perder, que são levadas por motivos egoístas ou de vingança a matar seu próprio filho.

²⁰ FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina legal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1995, p. 189.

De acordo com Leonídio Ribeiro²¹:

Aqui, mais uma vez, desejo fazer uma afirmação: nenhum perito por mais experimentado que seja em questões de psiquiatria e obstétrica, poderá redigir um laudo afirmando que a parturiente matou o próprio filho sob influência do Estado Puerperal, isto é, que este acarretou uma perturbação psíquica capaz de diminuir-lhe a capacidade de entendimento ou de auto-inibição.

E a prova disso é que, depois de dois decênios decorridos da aplicação do novo Código Penal, não tive conhecimento da publicação de uma só perícia onde tivesse ficado provado ter a paciente sacrificado o próprio filho em consequência da perturbação mental ligada ao Estado Puerperal.

Por todo o exposto, vê-se que não é consenso a existência do Estado Puerperal, existe sim a fase puerperal ou puerpério, que se estende desde o término do parto até a volta dos caracteres físicos e funcionais pré-gravídicos, ressalte-se que as expressões não são sinônimas.

Os autores e pareceristas elencados não têm conceito uniforme para o Estado Puerperal, como também não traçam as linhas de investigação a começar pelos sinais e sintomas patognômicos.

A título de que se trata realmente de ente com existência dubitativa, a análise do conceito e considerações é clara quanto a esse ponto. Tomemos como exemplo a de Alcântara: a discussão sobre o conceito descritivo começa com a expressão “seguinte ao desprendimento fetal”, a interpretação literal praticamente anula o Estado Puerperal no elemento temporal “durante”, pois significa após saída do infante nascido. A dor citada no item “a” é característica de todo o parto, não sendo particularizada a um caso de desassistência, se fosse assim, ao modo genérico todo parto sem assistência corresponderia a um Estado Puerperal e consecutivamente infanticídio.

²¹ RIBEIRO, Leonídio. In: HUNGRIA, Nelson (Org.). **Ciclo de conferências sobre o anteprojeto do código**

Quanto à não constatação por exame pericial, traduz-se em informação importante, pois a ausência do componente por falta de provas aniquila praticamente todo o tipo, partindo-se do basilar conceito de elementar que consubstancia a corporização do tipo penal.

Por derradeiro, entenda-se *in totum* ter um desarranjo total no Caput do Art. 123, no que tange aos elementos temporais e na elementar, cujas considerações serão feitas em item próprio.

5 O INFANTICÍDIO E O DIREITO COMPARADO

5.1 Direito comparado

Os direitos dos povos, às vezes, comparam-se com a finalidade de aplicação em comum a um caso concreto, ou então enriquecimento jurídico com fins modificativos uni ou bilateral.

Não será diferente com o infanticídio, pois o estudo rastreado, comparando-se com outros países, poderá trazer fatos novos que visem modificar ou excluir o tipo retro, dentro do direito penal em vigência no país.

Serão citadas normas homólogas em atividade jurídica em outros países e, posteriormente será feita a análise/interpretação segundo Maggio²².

Enumeremos:

5.2 Parte 1: Normas Penais

5.2.1 Código Penal da Argentina - Art. 81, § 2º

Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a seis años a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encuentra bajo la influencia del estado puerperal y los padres, hermanos, maridos e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el mismo delito.

²¹ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio**, Edipro, 2001, p. 104-106.

5.2.2 Código Penal da Bolívia - Art. 258

“La madre que, para encubrir su fragilidad o deshonra, diere muerte a su hijo durante el parto o hasta tres días después, incurrirá en privación de libertad de uno a tres años”.

5.2.3 Código Penal do Chile - Art. 394

“Cometen infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto matan al hijo o descendiente, y serán penados con presidio mayor en sus grados minimo a medio”.

5.2.4 Código Penal da Colômbia - Art. 328

Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de uno a tres años.

5.2.5 Código Penal do Equador - Art. 429

“La madre que por ocultar su deshonra matare al hijo recién-nacido, será reprimida con la pena de reclusión menos de 3 a 6 años”.

5.2.6 Código Penal da Espanha - Art. 138

O atual Código Penal espanhol, instituído pela Lei orgânica nº 10/1995, de 23 de novembro, suprimiu o crime de infanticídio. No livro II, título I, está tipificado o homicídio doloso simples: “Artículo 138 – El que matare a outro será castigado, como reo de homicídio, com la pena de prisión de diez a quince años.

5.2.7 Código Penal da Guatemala - Art. 303

La madre que intencionalmente matare a su hijo durante el parto o estando todavía bajo la influencia del estado puerperal, será castigada con tres años de prisión correccional.

En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre, dieren muerte al recién nacido.

5.2.8 Código Penal de Honduras - Art. 408

La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo que no haya cumplido tres días, será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo. Los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre cometieren este delito, con la de presidio mayor en su grado mínimo. Fuera de estos casos, el que matare a un recién nacido, incurrirá, según los casos, en las penas del parricidio o del asesinato.

5.2.9 Código Penal do México - Art. 256

Se impondrán de tres a cinco años de prisión a la madre que diere muerte a su propio hijo dentro de las setenta y dos horas de nacido, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- *Que no tenga mala fama;*
- *Que haya ocultado su embarazo;*
- *Que el nacimiento del infante haya sido oculto y que no se hubiere inscrito en el Registro Civil; y*
- *Que el infante no sea legítimo*

Si en el infanticidio tuviere participación un médico cirujano, comadrona o partera, además de la pena privativa que corresponde se le suspenderá de uno a tres años en ejercicio de su profesión.

5.2.10 Código Penal da Nicaragua - Art. 359

“La mujer de buena fama que, por ocultar su deshonra, matare a su hijo, dentro de las veinte cuatro horas de haber nacido, sufrirá la pena de prisión. Si el delito fuere cometido por los abuelos, en las mismas circunstancias, la pena será presidio en primero grado”.

5.2.11 Código Penal do Paraguai - Art. 105, § 3º, II

“Artículo 105 - Homicidio doloso... §3º Se aplicará una pena privativa de libertad de hasta cinco años y se castigará también la tentativa, cuando: ... II. una mujer matara a su hijo durante o inmediatamente después del parto”.

5.2.12 Código Penal do Peru - Art. 110

“La madre que mata su hijo durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento e cuatro jornadas”.

5.2.13 Código Penal de Portugal - Art. 136

A mãe que matar o filho durante ou logo após o parto e estando ainda sob a sua influência perturbadora, é punida com pena de prisão de um a cinco anos.

5.2.14 Código Penal da República Dominicana - Art. 300

“El que mata a un niño recién nacido, se hace reo de infanticidio”.

5.2.15 Código Penal de El Salvador

La madre que por ocultar su deshonra, matare al hijo que no haya cumplido cuarenta y ocho horas de nacido, será castigada con tres años de prisión mayor. Los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito, en el término de artículo anterior, sufrirán la pena de cuatro años de presidio.

5.2.16 Código Penal do Uruguai - Art. 313

Si el delito previsto en el artículo 310 (homicidio intencional) se cometiera sobre la persona de un niño menor de tres días, para salvar el propio honor o el honor del cónyuge, o de un pariente próximo, será castigado con seis meses de prisión a cuatro años de penitenciária.

Se entiende por parientes próximos los padres y los hijos legítimos o naturales, reconocidos o delarados tales, los adoptivos, los abuelos y nietos y también los hermanos legítimos.

5.2.17 Código Penal da Venezuela - Art. 129

“La madre que impulsada por motivos íntimamente ligados a su estado, que le produzcan indudable alteración psíquica, matare a su hijo durante su nacimiento o antes de que haya cumplido tres días, será sancionada con prisión de dos a ocho años”

5.3 Parte 2: Análise

5.3.1 Infanticídio como conduta de homicídio simples

Espanha - o atual Código Penal espanhol suprimiu o crime de infanticídio e, atualmente, a conduta infanticida é tipificada como homicídio doloso simples, com pena de prisão de dez a quinze anos.

No código anterior (art. 424), o legislador espanhol havia adotado o critério psicológico, dispondo sobre a mãe que, para ocultar a desonra, der causa à morte do filho que ainda não completou três dias. O benefício era estendido aos avós maternos que, para ocultar desonra da mãe, vierem a cometer este delito. Neste caso, o benefício resultava em pena privilegiada, porém, superior àquela prevista para os casos em que o sujeito ativo é a própria mãe.

Da mesma forma, podemos, ainda, enfatizar que em legislações de alguns países como a Inglaterra, Turquia, Egito, Mônaco e Groenlândia, não há referência alguma quanto ao crime de infanticídio, ou seja, a morte do nascente ou neonato é crime de homicídio.

5.3.2 Infanticídio como tipo privilegiado do homicídio sem mencionar o critério

Para algumas legislações, o infanticídio é uma figura derivada do homicídio, cuja conduta caracteriza caso de diminuição da responsabilidade penal, destacando-se:

Paraguai - o Código Penal do Paraguai, tratando do homicídio doloso, quanto à conduta infanticida dispõe que se aplicará uma pena privativa de liberdade de até cinco anos, punindo também a tentativa, quando uma mulher matar seu próprio filho durante ou imediatamente após o parto. Verifica-se que o legislador paraguaio não fez referência alguma quanto ao motivo de honra ou à influência do estado puerperal.

5.3.3 Infanticídio como crime autônomo sem mencionar o critério

Algumas legislações, mesmo considerando o infanticídio como figura autônoma e privilegiada, não mencionou critério algum para se invocar o privilégio, destacando-se:

Chile - o Código Penal do Chile não menciona quaisquer das circunstâncias, motivo de honra e influência do estado puerperal, relacionada, respectivamente, como os critérios psicológico e fisiopsicológico. O delito é tratado como figura autônoma privilegiada, influenciando não só em favor da mãe, como também do pai e dos demais ascendentes legítimos ou ilegítimos, que matam o filho ou descendente, dentro das quarenta e oito horas depois do parto.

Colômbia - o atual Código Penal da Colômbia de 1980, sem mencionar o critério, dispõe sobre a mãe que durante o nascimento ou dentro dos oito dias seguintes matar

seu próprio filho, fruto de acesso carnal violento ou abusivo ou de inseminação artificial não consentida.

Desta forma, foi abolido o chamado infanticídio *honoris causa*, que era previsto no código anterior (art. 369) para a mãe que, para ocultar sua desonra no momento do parto ou dentro dos oito dias subseqüentes, causar morte de seu filho ainda não inscrito no registro civil. Para esta legislação, qualquer pessoa distinta da mãe que matar um infante não desejado, seria sujeito ativo qualificado do crime de infanticídio, ou seja, incorreria nas penas do homicídio agravado pela situação de indefesa e de inferioridade da vítima.

República Dominicana – o Código Penal da República Dominicana, também sem mencionar o critério, dispõe: aquele que mata criança recém-nascida é réu de infanticídio. Neste caso, além de não mencionar o critério, o legislador não definiu o lapso temporal em que a conduta deverá ocorrer para ser concedido o privilégio, como também não fez distinção alguma sancionatória em relação à qualidade dos possíveis sujeitos ativos.

5.3.4 *Infanticídio - influência do Estado Puerperal*

Dentre as legislações que adotaram o critério fisiopsicológico, atrelando o tipo penal à circunstância influência do estado puerperal, além do Brasil, podemos destacar:

Guatemala - o Código Penal da Guatemala, adotando o critério fisiopsicológico dispõe sobre a mãe que mata o seu filho durante o parto ou sob a influência do estado puerperal. Verifica-se aqui uma dupla intenção do legislador, pois, ao utilizar a disjuntiva “ou” entre as expressões “durante o parto” ou “estando sob a influência do estado puerperal”, ficou claro que a conduta criminosa pode ocorrer “durante o parto” mesmo sem a influência do estado puerperal. O benefício é estendido aos avós maternos que, nas mesmas

condições, cometerem o delito para ocultar a desonra da mãe. É idêntica a previsão sancionatória para a mãe e avós maternos.

Peru - o Código Penal do Peru, adotando o critério fisiopsicológico dispõe sobre a mãe que mata o seu filho durante o parto ou sob a influência do estado puerperal. Aqui, também, houve uma dupla intenção do legislador, pois, este além de utilizar a expressão “durante o parto”, utilizou também a disjuntiva “ou” entre esta frase e o termo “sob a influência do estado puerperal”. Desta forma, o benefício pode ser alcançado pela mãe não só quando esteja sofrendo as influências do puerpério, logo após o parto, como também na hipótese da conduta criminosa ocorrer “durante o parto”, mesmo não estando sob a influência deste estado. Por esta legislação o benefício somente pode ser concedido à própria mãe.

Portugal - o Código Penal de Portugal dispõe sobre o infanticídio como sendo a conduta da mãe que matar o filho durante ou logo após o parto e estando ainda sob a influência perturbadora, com previsão sancionatória de um a cinco anos de prisão.

Observa-se que o legislador utilizou a expressão “influência perturbadora” que é o equivalente à influência do estado puerperal. De qualquer forma, para a obtenção do privilégio ficou claro que não basta a conduta ser desferida durante ou logo após o parto, é necessário, portanto, o nexos causal entre a conduta e a influência perturbadora do parto.

Venezuela - o atual Código Penal da Venezuela passou a tratar o infanticídio como delito autônomo, adotando implicitamente o critério fisiopsicológico, dispondo sobre a mãe que, impulsionada por motivos intimamente ligados ao seu estado, que lhe produzam incontestável alteração psíquica, matar o seu filho durante o nascimento ou

antes de completar três dias, sendo a conduta sancionada com prisão de dois a oito anos. Com o novo código, o legislador venezuelano restringiu o privilégio somente à mãe.

O código anterior (art. 413) não tratava o delito como verdadeiro tipo autônomo, e, sim, como uma atenuante especial do homicídio. Isto é o que se verifica pela seguinte redação: “quando o delito previsto no art. 47 (homicídio intencional) for cometido sobre recém-nascido ainda não inscrito no registro civil dentro do prazo legal, com o objetivo de salvar a honra de...”. O benefício era estendido, nas mesmas condições, ao cônjuge e aos parentes próximos previstos no tipo penal. A previsão sancionatória era a do homicídio diminuída de um quarto até a metade.

5.3.5 Infanticídio - motivo de honra

Dentre as legislações que adotaram, de forma implícita ou explicitamente, o critério psicológico relacionado com a circunstância motivo de honra, destacamos:

Argentina - o Código Penal da Argentina demonstra aparentemente ter adotado simultaneamente as duas circunstâncias subjetivas para que o agente possa valer-se de qualquer uma delas para pleitear o privilégio. Na realidade, a única circunstância é o motivo de honra, pois o estado puerperal foi mencionado no tipo penal apenas para delimitar no tempo o período em que o sujeito ativo pode praticar o crime de infanticídio, alegando, porém, o motivo de honra do critério psicológico.

Evidentemente foi esta a intenção do legislador argentino, tendo em vista que o crime pode ocorrer para ocultar a desonra da mãe, durante o nascimento ou enquanto se encontrar sob a influência do estado puerperal.

Além disso, considerando que, para os defensores da corrente fisiopsicológica, o estado puerperal é circunstância personalíssima, não poderia de forma alguma o legislador ter estendido (sendo que de fato estendeu) o benefício a ascendentes e colaterais, pois, se outra fosse a intenção, haveria aqui uma flagrante incoerência.

Bolívia - o Código Penal da Bolívia adotou, atualmente, o motivo de honra de forma explícita, pela utilização da expressão “*para encobrir su fragilidad o deshonor*” à mãe que causar a morte de seu próprio filho durante o parto ou até três dias depois. No código anterior (art. 489), o motivo de honra era de forma implícita, pela utilização da expressão “boa fama anterior”, às mulheres solteiras ou viúvas que matarem um filho ilegítimo dentro dos três primeiros dias após o nascimento.

Equador - o Código Penal do Equador explicitamente dispõe sobre a mãe que, para ocultar sua desonra, mata o filho recém-nascido. Aqui, o legislador não faz menção alguma em relação ao lapso temporal que irá diferenciar o infanticídio do homicídio.

Honduras - o Código Penal de Honduras, adotando o critério psicológico, dispõe sobre a mãe que, para ocultar desonra, der causa à morte do filho que ainda não completou três dias. O legislador estendeu o benefício aos avós maternos que, para ocultar desonra da mãe, cometerem esse delito. Neste caso, o benefício resulta em pena privilegiada, porém, superior àquela prevista para os casos em que o sujeito ativo é a própria mãe.

México - o Código Penal do México adotou o motivo de honra de forma implícita, conforme se verifica pelo disposto no art. 256 que exige para a concessão do benefício as seguintes circunstâncias: que a mãe não tenha má fama, que tenha ocultado sua gravidez, que o nascimento não se tenha tornado público nem inscrito no registro civil, e que

a criança seja filho ilegítimo. Para a caracterização do delito exige-se, ainda, que o fato ocorra dentro de 72 horas do nascimento da criança. O benefício foi restringido somente à mãe.

Pelo código anterior (art. 325), o benefício era estendido aos ascendentes consanguíneos, porém, com precisão sancionatória superior àquela onde o sujeito ativo é a própria mãe.

Nicarágua - o Código Penal da Nicarágua, adotando o critério psicológico, dispõe sobre a mulher de boa fama que, para ocultar sua desonra, mata seu filho dentro de 24 horas do nascimento. O benefício é estendido aos avós, nas mesmas condições, porém com previsão sancionatória superior àquela prevista para os casos em que a própria mãe é o sujeito ativo do delito.

El Salvador - o Código Penal de Salvador adotou explicitamente o motivo de honra dispondo sobre a mãe que matar o filho que ainda não completou quarenta e oito horas de nascido. Embora com previsão sancionatória superior à da própria mãe, o benefício é estendido aos avós maternos que, para ocultar desonra da mãe, cometam este delito, no mesmo período de tempo.

Uruguai - o Código Penal de Uruguai, apesar da rubrica “infanticídio *honoris causa*”, não tratou o delito como verdadeiro tipo autônomo e, sim, como uma atenuante especial do homicídio. Isto é o que se verifica pelo art. 313 que dispõe: “se o delito previsto no art. 310 (homicídio intencional) for cometido sobre a pessoa de uma criança menor de três dias, para salvar a própria honra ou a honra...”. O benefício é estendido, nas mesmas condições, ao cônjuge e aos parentes próximos previstos no tipo penal. Aqui, a previsão sancionatória é idêntica para a mãe, para o cônjuge ou para o parente próximo.

Os dispositivos citados e interpretados trazem à tona várias ramificações do direito relativo ao infanticídio. Alguns países adotam o critério biopsicológico como o Brasil, outros já o excluíram e o trouxeram para o homicídio, não é pacífica a definição do tipo, sob o ponto de vista doutrinário dentro dos países aqui citados, alguns até estendem o benefício da pena mais branda a ascendentes destes e até parentes próximos.

Por fim, nada impede que tratativas sejam efetivadas com cunho jurídico/científico indicando resolução em comum de problemas complexos relativos ao delito explicitado.

6 A REFORMA DO CÓDIGO PENAL E O INFANTICÍDIO

6.1 A reforma da parte especial do Código Penal x infanticídio

No ano de 1984, através da Lei 7209, de 11 de julho, foi efetivada a reforma do Código Penal, parte geral, em vigência até a atualidade.

A parte especial do Código retro continua como em 1940, apesar de tentativas através do Ministério da Justiça em criar comissões com a finalidade da reforma.

A portaria nº 232, de 24 de março de 1998, oriunda do retronominado, instituiu comissão revisora do anteprojeto do Código Penal, elaborado por uma comissão de alto nível nomeada pela portaria 1265, de 16 de dezembro de 1997, sendo que aquela elaborou relatório o qual descrevo até o Título I, que trata dos crimes contra a pessoa. Em seguida descrevo o Capítulo I - Dos crimes contra a vida, já no corpo do anteprojeto, até ao art. 123, tema deste trabalho.

6.1.1 Do Relatório

O Código Penal foi instituído pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940; entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942. Inspira-se no Código Rocco, da Itália.

O texto penal deve traduzir o entendimento da sociedade, no sentido de ajustar-se à orientação que imprime à conduta dos cidadãos. Cumpre, ademais, antecipar-se a fatos que a Criminologia, ao estudar os fatores da criminalidade, enseja antever o que deverá acontecer.

O Código Penal precisa responder às exigências de hoje. Aliás, em 1961, o Presidente Jânio Quadros teve a primeira iniciativa de reformulá-lo. Incumbido de fazê-lo o Ministro Nelson Hungria. Apresentado o anteprojeto em 1963, promulgado em 1969 para vigorar em 1970. Houve sucessivas prorrogações da *vacatio legis*, recebendo numerosas emendas. Revogado em 1978. Em 1980, o Ministro da Justiça, Ibrahim Abi Ackel constituiu Comissão presidida pelo Professor Assis Toledo a fim de rever a Parte Geral. Acabou transformado na Lei 7.209, de 11 de julho de 1984.

O mesmo Ministro formou outra Comissão, agora para rever a Parte especial, com o mesmo presidente; afastando-se por razões particulares, foi substituído pelo Desembargador Luiz Vicente Cernicchiaro. Concluído o trabalho, publicado, recebeu numerosas contribuições da sociedade. Republicado, após revisto pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, por deliberado do Ministro Paulo Brossard. Não encaminhado ao Congresso Nacional. Mais tarde, o Ministro da Justiça, Maurício Corrêa, tenta levar avante o projeto de atualização. A Comissão encerrou os trabalhos que recebeu título – Esboço Ministro Evandro Lins – em homenagem ao Presidente da Comissão. Isso foi em 1994. Mais uma vez, a sucessão presidencial, mudando o titular da Pasta da justiça, interromperia os trabalhos. O Ministro Alexandre Dupeyrat não ordenara publicação para conhecimento da sociedade. O Ministro Íris Rezende acolhe também a idéia e, no final de 1997, constituiu Comissão, com indicação de Consultores.

A atual Comissão, como se vê, está dando seqüência ao trabalho que se desenvolve há trinta e sete anos.

Tendo em vista, de um lado, o prazo e, de outro, o consenso de que a Parte Geral, alterada por ocasião do movimento de reforma de 1984, não apresenta grandes

problemas, com exceção do tratamento das penas, assentou na primeira reunião de fixação da metodologia dos trabalhos que se daria preferência à revisão da Parte especial, tomando como ponto de partida o Esboço de 1994, que, por sua vez, reviu e se inspirou no anteprojeto de 1984.

A comissão, para encerrar os trabalhos, dedicou tempo integral à tarefa, a fim de atender à honrosa convocação do Excelentíssimo Ministro da Justiça. Registre-se, fê-lo de modo democrático. As sessões sempre estiveram abertas à sociedade. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária mais uma vez se fez presente, com direito a voz e voto. O Conselho Nacional de Proteção dos Direitos da Mulher, Presidente Dr^a. Rosiska Darcy de Oliveira, a CNBB, representada por Dom Cláudio Hummes, SJ, Arcebispo de Fortaleza, a Consultoria Jurídica do Banco Central, presente na pessoa do Dr. Manoel Lucívio Loyola, a Ordem dos Advogados do Brasil – Secção do Distrito Federal – Presidente Dr. JJ. Safe Carneiro, exemplificativamente, expuseram suas teses, concitando a Comissão a acolhê-los.

A matéria, Excelentíssimo Ministro, nunca recebeu tanta atenção dos meios de comunicação social; por solicitação dos mesmos no fim das tardes das reuniões, realizava-se o *briefing*. Houve, pois, ampla e democrática publicidade, o que evidencia o interesse do país. O volume de correspondências, visitas de vários setores da sociedade ratificam a observação. Aliás, no Senado Federal, houve debate com o Excelentíssimo Senador Romeu Tuma, transmitida pela TV Senado.

Apresentado-lhes a estrutura do anteprojeto. Manteve-se a divisão em títulos, conforme a objetividade jurídica, subdivididos para atender a particularidades. Procurou-se conservar e introduzir tipos de infrações penais relativas a fatos conhecidos na

extensão normativa, remetendo-se à legislação especial a disciplina de ilícitos correspondentes a institutos ainda em formação. Assim, exemplificativamente, não se tratou a chamada engenharia genética e a disciplina penal relativa à informática. O esboço de 1994 propunha os Títulos: Dos crimes contra a ordem econômica e financeira, Dos crimes contra o ambiente e Dos crimes contra os valores culturais. A orientação é correta, porém, a Comissão deliberou não incorporar ao anteprojeto os crimes de abuso do poder econômico e contra a livre concorrência, os crimes contra as relações de consumo, os crimes contra o sistema financeiro e crimes falimentares, tais como propostos no Esboço ou como definidos em leis especiais, ou porque restaram defasados diante de leis a ele posteriores ou porque merecem um debate mais aprofundado, o que sugere-se seja feito pela Comissão Revisora. O mesmo ocorreu quanto aos crimes relativos ao ambiente e valores culturais, bem como à lavagem de dinheiro, que foram objeto de leis promulgadas no curso dos trabalhos da Comissão. A propósito, necessário chamar atenção para a dificuldade em consolidar no Código Penal as centenas de tipos penais existentes em leis especiais, grande parte deles mal formulados, sobrecarregando e dificultando o sistema penal.

O Título I - Dos Crimes Contra a Pessoa, é de grande importância.

A comissão, sensível às circunstâncias, como recomendam os princípios do Direito Penal da Culpa, a fim de a individualização da pena considerar pormenores relevantes, sugere explicitar a eutanásia, tornando-a causa de diminuição de pena, dado o agente agir por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave.

De outro lado, exclui a ilicitude da conduta de quem, em circunstâncias especificadas, “deixa de manter a vida de alguém por meio artificial, quando a morte for iminente e inevitável”. Essa figura corresponde à ortotanásia.

A comissão sugere ampliar a extensão do aborto legal. Mantém o chamado aborto necessário; dá nova redação ao aborto ético; menciona, além do estupro, “violação da liberdade sexual, ou emprego não consentido de técnica de reprodução assistida”. Além disso, quando houver “fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais”. *Ad cautelam*, “deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro”, além da não oposição justificada do cônjuge ou companheiro.

A preservação da vida e da saúde motivou a Comissão mostrar particular interesse também preventivo. Daí, nos Crimes de Perigo Contra a Vida e a Saúde, no crime de “Perigo de contágio de doença grave” registrar três situações:

- o agente sabe estar contaminado;
- quis transmitir doenças;
- a doença é transmitida. Retirou-se referência expressa a “perigo de contágio venéreo”.

Sem dúvida as doenças pensadas a esse título, em 1940, são, com eficácia, combatidas pela medicina contemporânea. De outro lado, o combate a doenças graves, surgidas posteriormente, com a redação proposta, também ficam compreendidas, independentemente de a transmissão resultar de “relações sexuais ou qualquer ato libidinoso”.

No Capítulo - Dos Crimes Contra a Honra, tomou-se partido em velha polêmica doutrinária, isto é, se a Pessoa Jurídica pode ser sujeito passivo do crime de Difamação. Responde-se afirmativamente. O tipo seria a seguinte redação: “Divulgar fato, que sabe inverídico, capaz de abalar o conceito ou o crédito de pessoa jurídica”. Admite-se a prova da verdade.

Quanto à ação penal, atualiza-se o texto. O Código vigente refere-se a “requisição do Ministro da Justiça” quando o crime é cometido “contra o Presidente da República, chefe de Estado ou de governo estrangeiro”. Requisição sabe-se, é imperativo, determinação que não pode ser contrastada. A Constituição da República de 1988 conferiu independência ao Ministério Público, desvinculado do Poder Executivo.

Daí, também nesse caso, tratar-se á de – representação. Ao titular caberá decidir se é caso de inaugurar a ação penal.

A intimidade, cada vez mais, atrai normas de proteção. Não pode, com efeito, sem justa causa, ser violada. Daí, também nesse caso, tratar-se á de – representação. Propor a ação penal caberá ao Ministério Público.

Definiu-se o crime de – Violação da Intimidade. Dar-se á quando, mediante processo técnico ou qualquer outro meio, seja violado o resguardo sobre fato, imagem, escrito ou palavra que alguém queira manter na esfera da vida privada.

Nos crimes contra a liberdade reformula-se o tipo de redução à condição análoga à de escravo, tornando-o mais fechado, com isso viabilizando sua aplicação, reclamada pelas convenções internacionais já incorporadas pelo direito interno.

6.1.2 Do Anteprojeto de Lei

Publicado no DOU de 25 de Março de 1998, no corpo da portaria 232, do Ministério da Justiça.

Altera dispositivos do Código Penal e dá outras providências.

Art. 1º. O artigo 44 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e **substituem** a privativa de liberdade, quando:

I - Aplicada a crime culposos;

II - Aplicada a crime doloso, com detenção até dois anos desde que o réu:

a) Seja primário; e

b) Haja reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; ou

I - Aplicada a crime doloso, com reclusão até dois anos, desde que:

a) O réu seja primário;

b) Haja reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

c) Praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa; e

d) A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e circunstâncias indicarem que a substituição é suficiente.

Art. 2º. A Parte Especial do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) passa a vigorar com a seguinte redação:

Parte Especial

TÍTULO I

DOS CRIMES CONTRA A PESSOA

CAPÍTULO I

DOS CRIMES CONTRA A VIDA

Homicídio:

Art. 121. Matar alguém:

Pena: Reclusão, de seis a vinte anos.

Forma qualificada

§ 1º - Se o crime é cometido:

I - Mediante paga, promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - Por motivo fútil;

III - Por preconceito de raça, cor, etnia, sexo, condição física ou social, religião ou origem;

IV - Com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

V - À traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

VI - Para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

I - Por grupos de extermínio:

Pena: Reclusão, de doze a trinta anos.

Diminuição de pena

§ 2º - A pena é diminuída de um sexto a um terço, se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violência emocional, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

Eutanásia

§ 3º - Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave;

Pena: Reclusão, de três a seis anos.

Exclusão de ilicitude

§ 4º - Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Modalidade culposa

§ 5º - Se o homicídio é culposo:

Pena: Detenção, de um a três anos.

Aumento de pena

§ 6º - A pena prevista no parágrafo anterior é aumentada até metade se o agente:

I - Deixa de prestar socorro à vítima, quando possível, e sem risco pessoal;

II - Comete o crime em estado de embriaguez, pelo álcool ou substância de efeitos análogos;

III - Não procura diminuir as consequências do crime;

IV - Viola regras sobre a prevenção de acidente do trabalho.

Isenção de pena

§ 7º - O juiz, no homicídio culposo, deixará de aplicar a pena, se a vítima for ascendente, descendente, cônjuge, companheiro, irmão ou pessoa a quem o agente esteja ligado por laços de afeição e o próprio agente tenha sido atingido, física e psiquicamente, pelas consequências da infração, de forma grave.

Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio

Art. 122. Induzir ou instigar alguém ao suicídio ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena: Reclusão, de dois a cinco anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a quatro anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal grave.

Aumento da pena

Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço até metade, se o crime é cometido.

I - Por motivo de egoísmo;

II - Contra quem tenha a capacidade de resistência diminuída, por qualquer causa;

Infanticídio

Art. 123. Matar o próprio filho, durante ou logo após o parto, sob a influência perturbadora deste.

Pena: Detenção, de dois a quatro anos.

Tem continuidade até o art. 409, todavia não será descrito “*in totum*” por não fazer parte do objetivo do trabalho monográfico.

De todo o exposto, dois aspectos causam espécie. O primeiro, diz respeito ao relatório. O qual é silente no que diz respeito à modificação efetivada no caput do art. 123, assim como na dosimetria da pena.

Não há uma explicação, como no caso do aborto, onde houve inserimento do subtipo **ético** (há formação incompatível com a vida), ou ainda a inclusão da eutanásia na diminuição da pena.

Como segundo, no caput foi retirada a expressão “sob influência do estado puerperal” e inserida “sob influência perturbadora deste”, mantidos “durante ou logo após”.

Com relação à segunda expressão, nada há a acrescentar, pois tudo já foi dito na explanação deste trabalho, seria ato repetitivo e improdutivo comentar ou discutir a

manutenção, a atitude é apenas de ratificar o já exposto. Quanto à inovação da expressão “sob influência perturbadora deste”, cabem pelo menos duas interpretações, como sejam:

1ª - Estado Puerperal Velado

Tendo em vista a não explicação pela troca das expressões, entende-se a preservação do Estado Puerperal com as mesmas características: vacância existencial; impossibilidade de prova pericial na autora; destempo, dentre outras. Na mesma esteira, preserva-se o critério biopsicológico. Enfim a indumentária seria diferente, no entanto a turvação jurídica do tipo estaria conservada.

2ª - O Parto como Influência Perturbadora

A descrição corporizada no artigo não deixa dúvidas de que o parto traria sempre perturbações de tal monta que sempre influenciaria à mãe ceifar a vida do filho, durante ou logo após seu desfecho. Pelo conhecimento técnico dos profissionais que labutam na obstetrícia, e mesmo não o sendo, conclui-se que se trata de uma inverdade. Por outro lado, fazendo uma interpretação restritiva, em que o infanticídio só seria perpretado quando o parto influenciasse seletivamente para o deslinde letal, também não prospera, pois não há como responder, com relação aos outros partos que também não tenham assistência, e com “gravidez desonrosa”, em que nada acontece, isto é, improspera o infanticídio.

Enfim, resta dizer que o anteprojeto foi elaborado sem colaboração técnica específica e, caso seja enviado à casa legislativa, e lá não sejam feitas modificações, o infanticídio continuará como impropicio jurídico, perpetuando a aplicação do Direito de modo calamitoso.

7 ESTUDO DE CASOS

7.1 Citações iniciais

O Capítulo corporiza-se, por ilustrar casos, estatísticas e experiências que explicitam o infanticídio, como tipo complexo de ser entendido, principalmente no que tange as elementares, notadamente a infanticida, passando pela imputabilidade e seu tratamento na esfera jurídica.

Durante a elaboração do trabalho, foram efetivados os indicativos que se seguem: perícia no sujeito passivo; casos clínicos/hospitalares; estatísticas de incidência do “estado puerperal” jurídico e experiência do autor.

7.2 Perícia no sujeito passivo

7.2.1 Caso – laudo cadavérico 2868/93 – IML - DF

APRESENTAÇÃO: Cadáver de recém-nato, contido dentro de saco plástico, acompanhado de outro saco plástico contendo uma placenta com aspecto normal, pesando 500 mg. IDENTIFICAÇÃO: Cadáver recém-nato, sexo feminino, à termo, de cor branca, pesando 2900 gramas e medindo 48 cm e apresentando cordão umbilical com 55 cm de extensão. EXAME EXTERNO: Rigidez cadavérica pouco evidente, livores hipostáticos ausentes devido intensa anemia, edema e equimose azuladas de grandes lábios; equimose azulada em região glútea direita. Apresentando trinta lesões perfuro-incisas, todas de reação vital, sendo duas de um centímetro na região escapular esquerda, duas lesões de 0,7 cm no terço superior região espondilária, duas com 1,5 cm região dorsal direita, duas de 0,8 cm região lombar esquerda, uma de 2 cm região lombar esquerda e ainda na mesma região, duas de 1,2 cm, uma de 1 cm e uma de 2,5 cm; uma de 2 cm região deltoidiana esquerda, uma lesão 2cm e uma de 1 cm região torácica esquerda, duas lesões de 1,5 cm no terço superior linha axilar anterior e duas lesões de 1 cm no terço médio da linha axilar anterior, uma lesão de 2 cm e duas de 1 cm e uma de 3,0 cm na região côncavo axilar esquerda, uma de 1,5 cm terço superior braço esquerdo e uma lesão perfurante região axilar esquerda formada por: duas lesões de 2,5 cm, uma de 2,0 cm, uma de 3,5 cm

e uma lesão de 1.2 cm. EXAME INTERNO: O cadáver apresenta: hematoma muscular difuso no hemitórax esquerdo, hematoma muscular infiltrado no hemitórax direito, secções do quarto arco costal anterior esquerdo e do quarto, quinto e sexto arco costal esquerdo; perfurações do quarto e quinto espaços intercostal anterior esquerdos e no sétimo espaço intercostal direito, quatro no lobo médio do pulmão direito, quatro na face diafragmática do lobo hepático direito, uma na face diafragmática do lobo hepático esquerdo, quatro no lobo inferior do pulmão esquerdo, uma no lobo superior do pulmão esquerdo, três lesões transfixantes lobo hepático esquerdo, uma lesão perfuro-incisa de 2 cm no átrio esquerdo do coração e no pedículo pulmonar esquerdo visualizamos timo bem desenvolvido e sem lesões. DISCUSSÃO: O corpo foi ferido trinta vezes por instrumento perfuro-cortante. Todas as lesões direcionadas da esquerda para a direita, com inclinação de cima para baixo. Também ocorreram várias lesões contusas de pequena gravidade. CONCLUSÃO: A morte ocorreu por choque hipovolêmico, causado por hemorragia aguda, devido a ação de instrumento perfuro-cortante, com características de infanticídio, sendo todas as lesões com reação vital, portanto, nasceu com vida.

7.2.2 Caso – laudo cadavérico 2281/99 – IML-DF

APRESENTAÇÃO: Cadáver envolto em saco plástico. IDENTIFICAÇÃO: sexo feminino branco pesando dois quilos e quatrocentos gramas, medindo quarenta e cinco centímetros, identificado como filha de Maria Eunice de Oliveira. EXAMES EXTERNO E INTERNO: rigidez cadavérica completa. Cianose ungueal e labial. Sangue, vernix e mecônio sobre o corpo. Mecônio no ânus orelhas e mamilos bem formados. Mamilo medindo sete milímetros. Pregas plantares completas unhas grandes. Escoriações irregulares sendo algumas semicirculares e arqueadas com formato de unhas sugerindo escoriações ungueais nas regiões cervicais laterais e anterior. Escoriação em placa no ombro. Realizada dissecação do pescoço sendo encontrado infiltrado hemorrágico nos músculos cervicais e sangue no interior da traquéia. Hematoma subgaleal na região parietal. Cérebro congesto e edemaciado. Coto umbilical sem ligadura com bordos irregulares ao nível da pele com sangramento pelos vasos umbilicais. A placenta apresenta-se completa com cordão umbilical roto, não ligado o que nos permite concluir que houve arrancamento do cordão umbilical. Pulmões expandidos aerados, róseos com petéquias de Tardieu nas pleuras. Realizada a prova de Galeno que foi positiva. Fígado congesto. Demais vísceras sem alterações.

O laudo em epígrafe fez prova nos autos número 2000.03.1.002513-9, cuja ré M.E.O. foi denunciada em 27 de março de 2003 pelo fato de ter na data de 07/12/99 (terça-feira) por volta das 03:00 h, no interior de sua residência, voluntária e conscientemente, com intenção homicida, mediante asfixia por esganadura, ter matado sua própria filha, durante ou logo após o parto, sob influência do estado puerperal, conforme laudo de exame cadavérico nº 2281/99.

Houve a instauração processual, e na data de dezesseis de março de dois mil e quatro, às 15:00 hs, em audiência de instrução na 1ª Vara do Tribunal do Júri de Ceilândia-DF, o MM. Juiz reconheceu e declarou extinta a punibilidade do fato imputado a ré M.E.O, com base no Art. 61 do Código de Processo Penal e determinou o arquivamento dos autos por falta de “interesse de agir”, extinguiu o processo com fundamento no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 3º, do Código de Processo Penal.

Os casos destacam não haver dúvida quanto ao oferecimento de provas periciais contundentes da existência de vida extrauterina através das docimásias, a usada foi a de **Galeno**, porém em ambos foram constatadas **docimásias ocasionais**, tipo lesão intra-vitam que independentemente da primeira (Galeno), tem suficiência para comprovação de vida extra uterina.

Assevero que no caso 2:1, as ocasionais evidenciadas foram as lesões pérfuro-incisas e no 2:2 escoriações, infiltrados hemorrágicos, dentre outros.

7.3 Casos jurídicos

MGPJ, foi denunciada em 3 de junho de 2002, por homicídio simples, por ter na data de 28 de julho de 2001, após realizar o próprio parto, abandonou a filha recém-nascida sob uma árvore, deixando-a a própria sorte.

Em 17 de janeiro de 2004, foi submetida a julgamento pelo Tribunal do Júri onde o Ministério Público sustentou parcialmente o libelo, pedindo a desclassificação para infanticídio; por sua vez a defesa sustentou como principal também a desclassificação e subsidiariamente negativa de autoria, com base no laudo cadavérico que não apontou a *causa mortis*, foi condenada à 2(dois) anos de detenção em regime aberto, que foi substituída pela

prestação de serviços à comunidade, consistindo em trabalho em instituição indicada pela Vara de Execuções Criminais, pelo prazo da sentença observo que nos autos em epígrafe constam informações e episódios de desmaio por parte da ré.

No presente caso, a desclassificação firmou-se apenas por decisão técnica dos operadores, ausentes subsídios de sustentação para as elementares, significando que o “estado puerperal” pode ser tido como comezinho sob o ponto de vista jurídico, ao afirmá-lo sem nenhuma prova técnica, confundindo-o com o puerpério obstétrico, quadro pacificamente definido como de pós-parto, existente e clinicamente detectável.

7.4 Casos clínicos/hospitalares

AAS, 29 anos, feminino, solteira, antecedentes obstétricos de uma gestação, estando no curso da 32ª semana gestacional.

Apresentou “agitação” e “convivência impossível em casa”. Após exame clínico, os diagnósticos foram: retardo mental leve; episódio maníaco e transtorno orgânico da personalidade.

SFS, menor, feminino, casada, foi internada no Hospital São Vicente de Paula/SES-DF, em 13/09/99, tendo como motivo: infanticídio; e diagnóstico principal: transtornos mentais e de comportamento associados ao puerpério.

O resumo histórico diz ter cometido infanticídio contra seus dois filhos menores, sendo um de um ano e oito meses e outro de dois meses, tem antecedentes familiares de doença mental (mãe e dois irmãos). O exame psiquiátrico realizado no Instituto Médico Legal-DF diagnosticou que a paciente possui desenvolvimento mental incompleto,

portadora de doença mental, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do ato praticado. O diagnóstico foi de Psicose Pós-parto.

Extraí-se dos casos, que o operador do Direito, independente da categoria, deve estar atento para a possibilidade de doença mental pregressa, pois o despercebimento induz a tratamento jurídico/penal diverso do que cabe ao caso. Sobre o tema manifesta-se Higinio:²³

Outra dificuldade de difícil transposição é a delimitação da fronteira entre a perturbação causada pelo estado puerperal e uma autêntica patologia mental capaz de gerar uma incapacidade de entendimento da ilicitude do ato. Ficando demonstrado que a puérpera estava em crise de surto psicótico, ou epilético, no momento da ação, configura-se regra geral do artigo 26 do nosso Código, ou seja, ela seria declarada inimputável, não sendo possível atribuir-lhe uma pena, inclusive a do próprio infanticídio. O próprio crime de infanticídio não seria tipificado, uma vez que, entre os seus elementos constituintes, está a influência do estado puerperal, inexistência nesse caso. Ter-se-ia, sim, um homicídio qualificado praticado por pessoa inimputável. A ocorrência de surtos psicóticos no pós-parto imediato é fato raro. Quando surge, resulta de exacerbação de doença mental prévia já diagnosticada, ou de eclosão de doença que já existia, mas era desconhecida até então. Não se admite que o parto, por si só, seja agente capaz de gerar distúrbio mental da gravidade de um surto psicótico.

O repetitivo torna-se às vezes fatigoso, entretanto não é por demais relatar-se que o estado puerperal, segundo citações literárias, causa insanidade mental temporária e fugaz à autora, como manifesta-se Aranha Filho²⁴:

Durante o estado puerperal, são notadas em regra alterações psíquicas, como atenção falha, percepção sensorial deficiente, memória de fixação e de evocação escassas, dificuldade em diferenciar o subjetivo do objetivo, juízo crítico concreto e abstrato enfraquecidos, discernimento inibido implicando na incapacidade de avaliação entre o lícito e o ilícito, inaptidão temporária e desorientação afetivo-emocional.²⁵

Em suma: é o estado moderado de profundas alterações psíquicas e físicas que envolve a parturiente durante a expulsão da criança de seu ventre, subtraindo-lhe plena

²³ HIGINIO, Hércules. **Medicina legal**. texto e Atlas, Ateneu, p. 615.

condição de entender o que está fazendo. É um estado de obnubilação das funções psíquicas, de perturbação da consciência caracterizada por obscurecimento e lentidão do pensamento.

Ainda Aranha Júnior:

A conduta praticada durante o parto dou logo após não gera presunção legal absoluta de estar a mulher sofrendo transtornos psíquicos gerados pelo estado puerperal, porque em regra o parto não gera desequilíbrios dessa monta. Inafastável para a configuração do infanticídio a avaliação pericial para aferir se o puerpério acarretou o desequilíbrio psíquico que diminuiu a capacidade de entendimento e de autodeterminação.

Note-se que apesar da ausência de sintomas e sinais patogenômicos do estado puerperal, os citados supra não diferem daqueles inerentes à patologia psiquiátrica pregressa. No caso 4:2, o diagnóstico de Psicose Puerperal é dado há mais de 60 (sessenta) dias do delito, associado à doença mental.

7.5 Estatística de incidência do estado puerperal em dois hospitais públicos do Distrito Federal.

As pesquisas foram efetivadas com a autorização dos respectivos diretores, nos Hospitais Regionais de Ceilândia e da Asa Norte, da rede da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal. No primeiro (HRC), foram levantados 580 (quinhentos e oitenta) prontuários, por um período de 30 (trinta) dias, entre setembro e outubro de 2002, sem evidência de nenhuma complicação psiquiátrica durante o parto ou puerpério obstétrico.

No HRAN, a pesquisa foi efetivada a partir de 2002 até julho de 2005, através dos livros de ocorrência do Centro Obstétrico e Prontuários Médicos. No estado puerperal jurídico, o rastreado nos Prontuários e Livros de Ocorrência, foi o descrito nos compêndios como “sinal” ou sintoma, cite-se:

²⁴ ARANHA FILHO. **Direito penal, crimes contra a pessoa**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 50.

²⁵ Muafad, 2001, p.147.

- *Ânimus necandi* voluntário durante o parto ou logo após;
- Inibição temporária do discernimento;
- Desorientação emocional;
- Loucura fulgaz;
- Imediata recuperação da higidez imputável;
- Amnésia transitória.

A casuística encontrada foi a que se segue:

ANO	TOTAL DE PARTOS
2002	2.989
2003	3.472
2004	2.277
2005 (até julho)	1.900
TOTAL GERAL	10.638

Houve um caso, de paciente com patologia psiquiátrica pregressa, com agudização durante o trabalho de parto, sendo efetivado tratamento específico para o caso, o diagnóstico foi de Oligofrenia e Transtorno Psicótico Residual, o atendimento deu-se em 09/04/02.

Há de se destacar, que nos 10.638 partos, não houve nenhum caso, mesmo que por indício do “Estado Puerperal” jurídico, houve sim, de Patologia Psiquiátrica Prévia.

7.6 Experiência do autor

Pós-graduação em Ginecologia/Obstetrícia, com atuação no Hospital Regional da Asa Sul-SES/DF (1979 a 1981) e Hospital Regional de Ceilândia (1982 a 1998), a partir de 1999, atuando como readaptado funcional. No total de 19 (dezenove) anos,

estimando-se 1 (um) parto por dia, média por plantão, o que refaz total de 5.000(cinco mil) partos, dos quais nenhuma incidência do “Estado Puerperal” jurídico, presença de patologias psiquiátricas pregressas e outras como psicose puerperal e depressão pós parto.

Perito Médico-Legista do IML-DPT-PCDF, atuando efetivamente entre 1986 - 1998. A partir de 1999, atuando como readaptado funcional. Tendo como base o ano de 1997, em que o autor realizou 180 (cento e oitenta) necropsias, estima-se a realização de 2.200 (duas mil e duzentas) no correr de 12 (doze) anos. Apesar do número de necropsias ser maior nos adultos, há segurança em se falar que a perícia do sujeito passivo do infanticídio fornece elementos suficientes no que concerne a prova de vida extra-uterina do infante nascido.

Do todo apresentado, conclui-se:

- 1) Há incidência de patologias psiquiátricas pregressas, que indicam realização de exame específico para infanticida de forma rotineira, sob pena de aplicação de pena incompatível com o delito.
- 2) Foi nula até por indício, a presença do estado puerperal jurídico em um total de 15.638 partos, advindos de dois hospitais públicos do Distrito Federal e da experiência do autor, os dados são significativos e fortalecem a corrente indicativa da inexistência de tal estado.
- 3) Para os operadores do Direito do caso apresentado (jurídico), o “Estado Puerperal” é tido como rotineiro, pois a desclassificação foi operada para infanticídio, sem terem levado em conta a informação do “desmaio” apresentado pela ré, que poderia sugerir patologia pregressa na esfera psiquiátrica ou outra.

- 4) A perícia no sujeito passivo do infanticídio é segura, informando existência de vida extra-uterina, por docimásias mesmo que ocasionais.

8 INFANTICÍDIO: CONCLUSÕES E SUGESTÕES

8.1 O infanticídio frente ao trabalho de pesquisa

Indubitavelmente, o Art. 123 - CPB apresenta uma fragilidade técnica de grande vulto, o que indica ausência do “*fumus boni juris*” e sua aplicação com objetividade duvidosa.

Em 1942, o Professor Leonídio Ribeiro já criticava o artigo com veemência:

Mantido o artigo sobre o crime de infanticídio, como está no código vigente, continuaria como letra morta, por falta de elementos técnicos em que se baseie o juiz para sua aplicação. Se vingar o texto, como figura no anteprojeto, novas dificuldades técnicas irão surgir, na prática, tendo em vista que foi mantida a perturbação psíquica, ligada ao Estado Puerperal. Precisamos de leis exeqüíveis e não de textos teóricos e sem base na realidade.²⁶

O estudo realizado a partir do Estado Puerperal revelou decesso técnico, com a componente assim como os demais, ressaltando-se estes aspectos temporais. Quanto ao Estado Puerperal, preliminarmente não existem dados concretos de sua existência clínica, a começar pela denominação, pois é definido como momento anterior e posterior do parto, quando na realidade a existência, se verídica, seria posterior e com sintonia com o costumeiro e real puerpério; por segundo não há precisão de quando inicia e como, assim como do seu término, alguns falam em 6 horas, outros em dias, enfim robustez em dúvidas; por terceiro, não há descrição equânime do quadro clínico patognomônico ou até sugestivo do estado, seria mesmo obnubilação ou loucura transitória como quadro timoneiro, tendo outros acessórios, quais?

Como diz Pátaro, por que seletivo pela gravidez ilegítima, não indicaria também na legítima inconsequente?

O quadro pericialmente não é passível de prova, levando-se em conta o fator tempo, a vacância de sintomatologia, a imprecisão início/fim entre outros já citados: o quadro apenas jurídico, no terreno do provável e sinônimo de aplicação, distorcia do direito.

Com relação ao “durante” continua a distorção. Este advérbio de tempo está relacionado com a duração do parto. Como já foi estudado em capítulo próprio, o parto não compreende só a fase expulsiva, onde a consumação seria facilitada. Compreende a dilatação desde seu início até a segunda fase, aqui uma particularidade: o feto nesta fase encontra-se dentro da cavidade uterina, no entanto, é incontestável o trabalho de parto, no caso de morte intra-útero provocada pela mãe, qual seria o crime, aborto ou infanticídio? Pelo quadro seria infanticídio (trabalho de parto instalado associado a feto vivo, e, por que não dizer, nascente), todavia pela localização e pelo óbito, diria teria indícios de aborto. A abordagem literária, principalmente a jurídica, não mencionou a 4ª (quarta) fase do parto, aquela que estende até 1 ou 2 horas após o nascimento, não há que se falar em homicídio e sim infanticídio, pois há uma continuidade do parto como já foi dito, entretanto, seria essa a interpretação dos operadores de direito?

O “logo após”, locução adverbial de tempo, no entanto é vaga tratando-se do infanticídio. Para alguns autores seriam instantes após o desprendimento; para outros, após a saída da placenta e anexos. Permanecem as dúvidas quanto às duas situações já citadas e outras como exemplo: após a secção do cordão umbilical? Ou depois da 1ª hora

²⁶ RIBEIRO, Leonídio. **Criminologia**. Sul-Americana, 1957.

correspondente ao 4º (quarto) período de parto? Ou prorrogaria-se cumprindo o conceito de puerpério?

Com relação ao quadro do infanticídio, cito uma situação não prevista na literatura jurídica, quanto ao mesmo, ou seja, o duplo ou triplo ou... infanticídio, em caso de prenhez gemelar. Como delimitar o Estado Puerperal? Seria continuado ou sem conexão? E os demais componentes, qual seria o comportamento jurídico/temporal? Por todo o complexo instalado, o primeiro seria infanticídio, e o segundo ... homicídio?

O caso retro é abstrato, mas poderá concretizar-se trazendo à tona um complexo jurídico de grande monta.

Por fim, inexistente segurança técnica dos componentes elementar e temporal, do tipo em tela, mesmo na versão apresentada no anteprojeto de 1998, o que traduz insegurança jurídica, impondo injusto penal pela inexistência do “*fumus boni juris*”.

8.2 Considerações finais

Desde 1940, isto é, da entrada em vigência do Código Penal atual, há críticas ao artigo 123, condizente ao infanticídio. O critério atualmente adotado, o biopsicológico, tem como lastro o Estado Puerperal, na condição de influente, durante ou logo após o parto. Não prospera tal critério, pois a base é vacilante, a partir de sua existência duvidosa e incrivelmente particularizada somente para partos clandestinos, e nestes, cita Maggio:

Pelo fato do infanticídio ocorrer, geralmente, em partos clandestinos, sem a presença de pessoas que pudessem interferir para evitar o acontecimento bem como para testemunhar, fica prejudicada a comprovação da influência

do Estado Puerperal e sua conseqüente relação de causalidade com o crime.²⁷

No mesmo raciocínio, enquadra-se a prova pericial, onde não há quadro clínico patognomônico descrito, e, nem tampouco, por quanto tempo seria possível sua detecção pelo exame físico dirigido e se existiria algum exame complementar subsidiário da clínica.

O Estado Puerperal poderia ser considerado sinônimo de puerpério, na medida em que tivesse a mesma existência temporal e demais características deste, no entanto, é destoante em todas as diretrizes, sendo a mais marcante a colocação “durante” o parto, significando que, antes do nascimento, já existe toda uma influência de uma fase que está por vir, e desprovida de provas.

O critério jurídico de presunção de existência, até execrando a prova pericial, é um tanto quanto injusto, pois afasta a possibilidade de diagnóstico de patologias de cunho psiquiátrico que indique inimizabilidade e exibem explicitamente o descompromisso com a aplicação do bom direito.

Um segundo critério, em desuso atual com tendência à volta, é o psicológico, com o privilégio concedido calcado por motivo de honra. Também a injustiça prevalece, pois se ceifa a vida, bem indisponível, de um ser indefeso e desprotegido, em favor de um deslize de cunho sexual, com juízo de crença na morte como defesa da honra.

Por fim, não há inverdade na afirmativa de que o infanticídio, na descrição atual e na do anteprojeto, por indubitáveis impropriedades técnicas contidas em seu caput, traduz-se em relevante contra-senso jurídico, infligindo penas consubstancialmente injustas,

²⁷ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio**. Edipro, 2001, p. 110-117.

dentro de uma elaboração legislativa descompromissada com o auxílio técnico especializado, deixando margens largas e turvas para que se aplique um direito sinuoso.

CONCLUSÃO

O critério biopsicológico, tendo como alicerce o Estado Puerperal, influente durante e logo após o parto, não tem consistência pétrea, o que desnuda o infanticídio, levando-o à instabilidade jurídica,

Não há prova pericial consistente que diagnostique a prática de infanticídio na pessoa do sujeito ativo (mãe), por absoluta inexistência de quadro clínico patognomônico, ou pelo menos por indícios;

A prova pericial na pessoa do sujeito passivo (feto nascente/infante nascido) é consistente, dentro da necropsia forense, ladeada pelas docimásias, principalmente a histológica de Filippi e a hidrostática de Galeno e, quando existentes, as docimásias ocasionais, por si só têm suficiência para consubstanciar técnico/pericialmente o diagnóstico jurídico do infanticídio;

Há descompromisso legislativo com abalizamento técnico especializado, pois a inclusão no caput de critérios temporais nominados “durante” e “logo após” relacionados com o parto não transmitem delimitação de começo, meio e fim;

A presunção do estado puerperal levada em conta pela maioria absoluta dos julgados, indicam verdadeiro desconhecer técnico, pois assemelham ao puerpério obstétrico que em nada caminham consoantes, pois este tem começo e fim delimitados assim como sintomatologia patognomônica, enquanto o primeiro não apresenta. Por outro lado, o não emprego da perícia avaliativa, de cunho psiquiátrico na autora, deixa margens para

apenamento irreal pois as patologias que denotam distúrbios mentais são simplesmente igualadas à sanidade.

O infanticídio patentado no Código Penal Brasileiro pelo art. 123, dentro da descrição que lhe é imposta hodiernamente por absolutas impropriedades técnicas contidas em seu *caput* representadas pelo “estado puerperal influente durante ou logo após o parto” ou “sob a influência perturbadora” no mesmo molde, dentro do ante- projeto de 1998, traduz-se em relevante contra-senso jurídico, apenando injustamente, deixando margens largas e turvas, para que se aplique um direito sinuoso, em detrimento do “*fumus boni juris*”.

SUGESTÕES

Diante de tudo o que foi exposto no trabalho de monografia, e com intuito de sugestão/colaboração e aperfeiçoamento, visando à aplicabilidade dentro dos princípios norteadores do bom direito, há indicação das seguintes sugestões:

1ª - O infanticídio seria suprimido do Código Penal, enquadrando-se nos casos de diminuição de pena ou, como citam os doutrinadores, nos casos de homicídio privilegiado. Justifico, pela própria pena natural já imposta à autora, pela perda do próprio filho, apesar do *modus operandi*. A nova redação do parágrafo primeiro seria:

§ 1º. Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima ou a mãe matando ao próprio filho durante o nascimento, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

2ª - O infanticídio permaneceria no código, todavia com uma nova redação, sem a presença do “Estado Puerperal” como elementar influenciando o durante e logo após, ou ainda, sob a égide de “influência perturbadora”, assim como não haveria o retorno de *honoris causa*. Nova redação: “Art. 123 - Matar a mãe ao próprio filho durante o nascimento. Pena: Detenção, de dois a quatro anos”.

Justificativa:

- Cessaria o critério biopsicológico que gera mais polêmica do que solução.

- “Durante o nascimento” traduziria o ato de nascer, isto é, o ente já estaria parcial ou totalmente fora do canal do parto e excluiria o efeito dubitativo com o aborto.

3ª - Matar a mãe ao próprio filho durante o nascimento, nas fases seguintes do parto ou no puerpério, cuja concepção decorreu de conjunção carnal com uso de violência ou grave ameaça. Pena: detenção de 2 a 4 anos.

Justificativas:

- Desapareceria o critério biopsicológico.
- Elementares bem definidas corporizáveis pericialmente ou por outras provas.

Por derradeiro, quando da elaboração legislativa, que não envolva somente incluídas jurídicas, sejam elencados técnicos de áreas afins, no intuito de evitar-se a aplicação imprecisa de normas veladamente precisas ao caso concreto, perpetuando malefício jurídico.

BIBLIOGRAFIA

- ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues. **Perícia médico-judicial** Rio de Janeiro: Guanabara Dois, 1982.
- ALVARADO, Eduardo Vargas. **Medicina legal**. Trillas, 1996.
- ALVES, Roque de Brito. **Os motivos do crime**. Lipeu, 1980.
- AMARO, Raul Marino Palomino. *La Crisis del Infanticidio*. Docente de Direito Penal de la Facultad de Derecho y CC.PP. Universidad Perna Los Andes - Huancayo. Artigo de março de 2001.
- ARANHA Filho, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. **Direito penal: crimes contra a pessoa: arts 121 a 154**. São Paulo: Atlas, 2005.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRUNO, Aníbal. **Direito penal – Parte Geral- Tomo I**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CABRAL, Antônio Carlos Vieira. **Obstetrícia**. Revinter, 2002.
- CAMANO, Luis. **Assistência ao parto e tocurgia**. Ponto, 2002.
- CAMPOS, Marília Siqueira et alii. **Compêndio de medicina legal aplicada**. EDUPE, 2000.
- CAPEZ, Fernando. **Direito penal - Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CHERNEY, Alan. H. *Obstetric & Gynecologic Diagnosis & Treatment*. Nineth Edition. Lauren Nathan International, 2003.
- CROCE, Delton. **Manual de medicina legal**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FAVERO, Flaminio. **Medicina legal**. Itatiaia Limitada, 1980.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio, **Lições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao código de ética médica**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1994.
- _____. **Medicina legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1995.
- GALVÃO, Luis Carlos Cavalcanti. **Estudos médico-legais**, Luzzatto, 1996.

HERCULES, Hygino de C. **Medicina legal texto e Atlas**. Ateneu, 2005.

HUNGRIA, Nelson (Org.). **Ciclo de Conferências sobre o anteprojeto do Código Penal Brasileiro**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965.

_____. **Comentários ao código penal**., Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1958, V. I.

JESUS, Damásio de. **Direito penal - parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2001, V. 2..

KAPLAN, Harold I. **Tratado de psiquiatria**. Artes Médicas Sul, 1999.

MACHADO, Alcântara. **O projeto do código criminal perante a crítica**. São Paulo: USP, 1939.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e morte culposa do recém-nascido**, Millenium, 2004.

_____. **Infanticídio**. Edipro, 2001.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Parto, aborto e puerpério**. Assistência Humanizada à Mulher. Brasília, 2001.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Manual do direito penal - parte especial - art. 121 e 234 do CP**. São Paulo: Atlas, 2001.

NASCIMENTO, José Flávio. **Direito penal - parte especial**. São Paulo: Atlas, 2000.

PALOMBA, Guido Artur. **Tratado de psiquiatria forense**. Ateneu, 2003.

PATARO, Oswaldo. **Medicina legal e prática forense**. Saraiva, 1976.

PIALLETA, Naele Uchoa. Aborto e infanticídio: uma abordagem contemporânea. **Revista Literária de Direito**, 2001.

REZENDE, Jorge. **Obstetrícia**, Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005.

REZENDE, Montenegro. **Obstetrícia fundamental**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan.

RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**. Pílares, 2004.

RIBEIRO, Leonídio. **Criminologia**. Sul-Americana, 1957.

SARAIVA, Denise Cárdua. **Direito penal ilustrado - Parte Especial**. Destaque, 1998.

SCHWARCZ, Ricardo. **Obstetrícia**. "Elateneo", 1936.

SHANIO, Gianpaolo Poggio. **Direito penal - parte especial**. São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, David Medina da. **O crime doloso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SOARES, Pedro Ribeiro. **Crimes contra a vida**: como investigar. Qualidade, 1994.

TABORDA, José G. V. **Psiquiatria forense**. Artmed, 2004.

VARGAS, Heber Soares. **Manual de psiquiatria forense**. Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1990.

VIDIGAL, Euler. **O valor da docimásia pulmonar no infanticídio**. Academia de Polícia Civil – DF, 1985. Monografia.